Die mutmaßliche Einwilligung

Inauguraldissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg
vorgelegt von
Gerichtsreferendar Walther von Morenhoffen
aus Altenkirchen (Westerwald)

Marburg 1930

Buchdruckerei J. F. Rohr, Vegesack

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät angenommen am 23. Mai 1930
Berichterstatter: Professor Dr. jur. Edmund Mezger.

Inhaltsübersicht.

I. Einleitung.

II. Die Uebersicht über das Schrifttum.

III. Die Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung.

Meinen Eltern

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

I. Gesetzesmaterialien, Zeitschriften, Entscheidungssammlungen.

Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung, herausgegeben von Holtzendorff.
Archiv für die zivilistische Praxis (Arch. z. Pr.), herausgegeben von Bülow und Kohlhaas.
Begründung zum Vorentwurf von 1909.
" " Amtlichen Entwurf von 1925.
" " Entwurf 1927 (Reichstagsvorlage).
Denkschrift zum Entwurf von 1919.
Deutsche Juristenzeitung (DJZ), begr. von Laband, Stenglein, Staub.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt).
" " " " Zivilsachen (RGZ).
Die Entwürfe von 1919, 1925, 1927 (E 1919, 1925, 1927).
Der Gerichtssaal (GS), Zeitschrift für Militär- und Zivilstrafrecht, herausgegeben von Oetker und Finger.
Goldtdammer Archiv für Strafrecht (GA).
Iherings Jahrbücher für Dogmatik, herausgegeb. von Gerber, Ihering u. a.
Juristische Rundschau, herausgegeben von Lindemann, Flad und Hartung; mit Höchstrichterliche Rechtsprechung, herausgegeben von Feisenberger u. a.
Juristische Wochenschrift (JW), herausgegeb. v. Deutschen Anwaltsverein.
Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, herausgegeben von Aschaffenburg.
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG).
Das Reichsgesetzblatt.
Strafrechtliche Abhandlungen (Abhdlg.), begr. von Bennecke, herausgegeben von Beling und Lilienthal.
Vergleichende Darstellungen des in- und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil (VDA), Besonderer Teil (VDB), herausgegeben von Birkmeyer, Frank, v. Hippel, Kahl und v. Liszt.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Vorentwurf von 1909.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStrW), begr. von v. Liszt und Dochow.

II. Kommentare, Lehrbücher und Abhandlungen.

Ahrens Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund. 1909. Abhdlg. H. 101.
v. Bar Zur Frage von der strafrechtlichen Verantwortung des Arztes. GS **60**, 81 ff. 1902.
Gesetz und Schuld im Strafrecht III. 1909.
Baumgarten Aufbau der Verbrechenslehre. 1913.
Behr Medizin und Strafrecht. 1903. GS **62**, 400 ff.

Beling Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
Grundzüge des Strafrechts. 8.–9. Auflage. 1925.
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe. 1924. ZStrW **44**, 220 ff.

Bierling Juristische Prinzipienlehre, Band III. 1905.

Binding Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl. 1902/05.
Handbuch des Strafrechts 1885.
Grundriß des deutschen Strafrechts, Allg. Teil. 8. Aufl. 1913.
Die Normen und ihre Uebertretung. 3. Aufl. 1916/18.
Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. GS **76**, 1 ff.

Brückmann Der Arzt im Strafrecht. 1904. ZStrW **24**, 657 ff.

Danz Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Aufl. 1911.

Dernburg Pandekten. Band II. 1886.

v. Dohna Die Rechtswidrigkeit. 1905.
Die Elemente des Schuldbegriffs. 1905. GS **65**, 304.
Recht und Irrtum. 1925.

Eckstein Die Züchtigung fremder Kinder in strafrechtlicher Beziehung. 1909. GA **56**, 281 ff.

Enneccerus Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, 1. Allg. Teil. 22.–24. Aufl. 1924.

Finger Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band I. 1904.

Fischer, H. A. Die Rechtswidrigkeit. 1912.

Flügge Das Recht des Arztes. 1903.

v. Frank Der Aufbau des Schuldbegriffs.
Vollendung und Versuch. VDA V, 167 ff.
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

Fuchs Juristischer Kulturkampf. 1912.

Geider Die Strafbarkeit der Züchtigung des ungezogenen Jugendlichen. 1925. Abhdlg. H. 196.

Gerland Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden. VDA II, 487 ff.
Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.

v. Gierke, O. Deutsches Privatrecht. 3. Band. 1917.

Hartmann Die öffentlich-rechtliche negotiorum gestio, 1914 im „Recht". S. 222 ff.

Hegler Die Merkmale des Verbrechens. 1909. ZStrW **36**, 19 ff.

Heilborn Der agent provocateur. 1901.

Heimberger Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln, VDA IV, 1 ff.
Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit. 1907.

Heinitz Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. 1925. Abhdlg. H. 211.

Hellwig Die Stellung des Arztes. 1905.

Hertz Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts. I. Band. 1880.

v. Hippel Die allgemeinen Lehren von den Verbrechen in den Entwürfen. ZStrW **42**, 404 ff.
Deutsches Strafrecht. I. 1926. II. 1930.
Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht. Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Band 5 (1929). S. 1 ff.

Hold v. Ferneck Die Rechtswidrigkeit I. 1903.

Holer Die Einwilligung des Verletzten. 1906.

Honig Die Einwilligung des Verletzten. 1919.

Hubrich Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung. 1892. GS. **46**, 161 ff.

Husserl Rechtskraft und Rechtsgeltung. 1925.

Jellinek Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 2. Auflage. 1908.

Jhering Der Zweck im Recht. 4. Auflage. 1904.
Jung Das Problem des natürlichen Rechts. 1912.
Kahl Der Arzt im Strafrecht. 1909. ZStrW **29**, 352 ff.
Kantorowicz Rechtswissenschaft und Soziologie. 1911.
Kelsen Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1911.
Keßler Die Einwilligung des Verletzten. 1884.
Kiehl Die „Einwilligung" des Minderjährigen nach geltendem Strafrecht. 1907. GA **54**, 157 ff.
Kitzinger Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. 1889. GS **55**, 1 ff.
Klee Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden. 1901/03. GA **48**, 147 ff; 337 ff; **49**, 246 ff; **50**, 364 ff.
Vorsatz und Pflichtwidrigkeit. 1926, GA **69**, 162 ff.
Köhler Deutsches Strafrecht. 1917.
Kohler Menschenhilfe im Privatrecht. Jherings Jahrbuch **25**, 1 ff.
Kohlrausch Irrtum und Schuldbegriff. 1903.
Leipziger Kommentar (Ebermayer-Lobe-Rosenberg). 3. Auflage. 1925.
v. Liszt-Schmidt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Auflage 1927.
Löffler Die Körperverletzung. VDB V, 205 ff. 1905.
Manigk Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Mayer, M. E. Rechts- und Kulturnormen. 1905. Abhdlg. H. 50.
Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 1915.
Merkel Kriminalistische Abhandlungen, Band I und II. 1867
Meyer-Allfeld Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Auflage. 1922.
Mezger Die subjektiven Unrechtselemente. 1924. GS **89**, 207 ff.
Sein und Sollen im Recht. 1920.
Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände (Festschrift für Traeger). 1926.
Nagler Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. (Festschrift für Binding II.) 1911. S. 273 ff.
Oertmann Das Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Auflage. 1910.
Olshausen Kommentar zum Srafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Auflage. 1927.
Pfersdorff Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. 1897.
Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Band. 4. Auflage. 1920.
Radbruch Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. 1927/28.
Rittler Gesetztes und nichtgesetztes Strafrecht. 1928. ZStrW **49**, 451 ff.
Rosenberg Strafbare Heilungen. 1903. GS **62**, 62 ff.
Sauer Grundlagen des Strafrechts. 1921.
Somlo Juristische Grundlehre. 1917.
Stammler Die Lehre vom richtigen Recht. 1902.
Theorie der Rechtswissenschaft. 1911.
Staudinger-Engelmann Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Auflage. III. Band. 1926.
Stooß Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung.
Thon Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Titze Recht der Schuldverhältnisse. 1926.
Torp Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft. 1903. ZStrW **23**, 84 ff.
Traeger Das Problem der Unterlassungsdelikte. 1913. Festgabe für Enneccerus S. 1 ff.
Die Einwilligung des Verletzten. 1927. GS **94**, 112 ff.

v. Thur Allgemeiner Teil. Band II, III. 1917/18.
Voltz Die Züchtigung fremder Kinder und ihre Rechtfertigung. 1929. ZStrW **50**, 339 ff.
Wachenfeld Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1914.
v. Weber Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, H 12.
Wegner Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. 1924. Hamburger Schriften, H 7.
Wolff Verbotenes Verhalten. 1923.
Zitelmann Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit. 1906. Arch. z. Pr. **99**, 1 ff.

I.

Einleitung.

1. Aufgabe.

Die vorliegende Arbeit soll versuchen, einen Abschnitt des Grenzgebiets von Recht und Unrecht zu erforschen. Sie soll einen jener Gründe behandeln, die geeignet sind, die Rechtswidrigkeit eines im strafrechtlichen Sinne tatbestandsmäßigen Verhaltens (Beling) auszuschließen — oder, wie man wohl treffender sagen müßte, einen jener Gründe, die zur Folge haben, daß ein Verhalten trotz seiner Tatbestandsmäßigkeit nicht dem Unwerturteil der Rechtsordnung unterfällt und daher nicht rechtswidrig ist.[1])

Das Wesen des Unrechtsausschließungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung ist noch ungeklärt, „klare Ergebnisse fehlen noch durchaus".[2]) Nicht einmal zu einer einheitlichen Bezeichnung ist man gelangt. Die Ablehnung, die man der mutmaßlichen Einwilligung vielfach zuteil werden läßt, beruht zu einem großen Teil eben auf dem Umstand, daß man mit diesem Begriff einstweilen noch keine klaren Vorstellungen verbindet. So schwierig die nähere Untersuchung über die Anwendbarkeit und Wirksamkeit der mutmaßlichen Einwilligung im Bereich der Rechtfertigungsgründe ist, so bedeutungsvoll ist sie für eine klare Scheidung von Recht und Unrecht im Bereich der Einwilligungsgrundsätze.

Wenn der Verfasser der Arbeit einen Beitrag zu liefern versucht zur Aufhellung einer solch schwierigen Frage, so rechnet er auf die Nachsicht der Leser. Er muß dies umsomehr tun, als die Lösung der Frage im engsten Zusammenhang mit dem Rechtswidrigkeitsproblem selbst steht, das trotz aller in den letzten Jahrzehnten darauf verwandten wissenschaftlichen Arbeit noch immer zu den meist umstrittenen Gebieten der Strafrechtswissenschaft gezählt werden muß.

2. Begriff.

Unter mutmaßlicher Einwilligung versteht Honig[3]) diejenige Einwilligung, von der der Täter weiß, daß sie nicht erteilt ist, von der er jedoch annimmt, daß der Betroffene sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt hätte. Wenn Honig aber fortfährt, daß die mutmaßliche Einwilligung nur dann Bedeutung habe, wenn ein Handeln kraft mutmaßlicher Einwilligung die Merkmale der Geschäftsführung ohne Auftrag trüge, so ist damit ihr Gebiet zu eng umgrenzt.

Wir fassen den Begriff der mutmaßlichen Einwilligung weiter und verstehen unter ihm (a) neben den Fällen, die sich zivilrechtlich als Geschäftsführung ohne Auftrag darstellen würden, noch zwei weitere Fallgruppen: Einmal (b) die Fälle, in denen der Täter zur „Besorgung" eines eigenen „Geschäfts" in einen fremden Rechtskreis eingreift, weil er die Einwilligung des Verletzten mutmaßen darf, und zum anderen (c) die Tatbestände, in denen der um seine Einwilligung Befragte seine Zustimmung versagt hat, weil er in Verkennung der (objektiv) wahren Sachlage oder in unrichtiger Würdigung des Sachverhalts irrtümlich oder eigensinnig, wegen Jugendlichkeit oder Geisteskrankheit eigene Belange, Belange eines Anderen oder auch der Allgemeinheit nicht wahren konnte oder wollte.

---

[1]) Vgl. Liszt-Schm. S. 172 ff, 176.
[2]) Liszt S. 205, Anm. 12.
[3]) S. 153, Anm. 58.

Gerade bei dieser Anwendung der mutmaßlichen Einwilligung wird sich ein Unterschied in der Bedeutung der in Wissenschaft und Rechtsprechung ziemlich wahllos gebrauchten Begriffe „Handeln im Interesse des Verletzten" (Löffler, Frank), „Angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks" (Liszt, auch Dohna), „Prinzip des wahren Wohles" (Hegler, Geider, Sauer), und mutmaßliche Einwilligung selbst ergeben, von denen jeder eine ganz besondere, schon in seiner Benennung zum Ausdruck kommende Färbung hat. Der Inhalt der mutmaßlichen Einwilligung, wie wir sie hier verstanden haben wollen, deckt sich nicht mit dem Begriff des Handelns im Interesse des Verletzten, da auch die Belange anderer als nur des Verletzten gewahrt werden können, und auch nicht mit dem des wahren Wohls, das nicht nur im Bereich der Einwilligung, sondern ganz allgemein in die Berücksichtigung von Interessen der Gesellschaft und des Staates fordert und ermöglicht.

3. Benennung.

Wenn die Arbeit die Bezeichnung „mutmaßliche Einwilligung" als treffendste für den hier zu untersuchenden Rechtfertigungsgrund gewählt hat, so geschah das aus folgenden Gründen, deren Anführung zur Zurückweisung von Angriffen terminologischer Art angebracht erscheint.

Zitelmann und ihm folgend Ahrens haben den Begriff der strafrechtlichen Einwilligung des Verletzten für wesensgleich dem der zivilrechtlichen Einwilligung der §§ 183 ff BGB. gehalten. Aus dieser Vermengung des Rechtfertigungsgrundes mit dem Rechtsgeschäft rührt der Irrtum her, auf dem sich die lange Zeit herrschende sog. Frank-Zitelmannsche Rechtsgeschäftstheorie der Einwilligung aufbaute. Die Erkenntnis, daß die Fehlerquelle bei der Behandlung des Einwilligungsproblems in dieser Vermengung bürgerlichrechtlicher und strafrechtlicher Begriffe lag, hat zur Aufgabe dieser Theorie geführt[1]).

Mutmaßliche E i n w i l l i g u n g nennen wir unseren Unrechtsausschließungsgrund, weil er in den Grenzen des Anwendungsgebiets der förmlichen Einwilligung des Verletzten und aus demselben Rechtsgrund wie die Einwilligung selbst die Handlungsweise des Täters rechtfertigt[2]), weil er sich inhaltlich als ein Weitergreifen der Einwilligungsgrundsätze über die Fälle der erklärten Einwilligung hinaus nach der letzten Grenze von Recht und Unrecht hin darstellt, weil er ganz auf den Willen des Betroffenen, in dessen Rechtskreis eingegriffen wird und dessen — verfügbare — Rechtsgüter verletzt werden, abstellt und weil endlich aus allen diesen Gründen die Lösung der Frage nur im Anschluß an die Einwilligung des Verletzten gesucht und gefunden werden kann[3]).

Ob die Zitelmannschen Angriffe, die sich gegen die sprachliche Bildung und die Bedeutung des Wortes „mutmaßlich" richten[4]), berechtigt sind, dürfte fraglich sein. Hier jedenfalls sei die überkommene, auch in den §§ 677 ff BGB. zur Kennzeichnung des Gegensatzes von wirklichem und nur vermuteten Willen gebrauchte Wendung beibehalten — überdies gibt auch Zitelmann keinen besseren Ausdruck.

4. Weg.

Der Weg, der die Arbeit zu ihrem Ziele führen soll, ist in großen Zügen folgender:

---

[1]) Bezeichnend ist die Wandlung des Frankschen Kommentars, der seit der Auflage von 1919 die Rechtsgeschäftstheorie aufgegeben hat. Vgl. 16. Aufl. S. 135.

[2]) Dagegen mit Entschiedenheit Traeger G. S. 94, 164 — bei der mutmaßlichen Einwilligung sei vom Täter und seiner Willensrichtung auszugehen, nicht von der des Verletzten.

[3]) Vgl. Klee, G. A. 69 164 ff, 166.

[4]) S. 102, Anm. 74. Dazu auch Traeger, G. S. 94, S. 159.

An den Anfang gestellt ist eine Uebersicht über die im Schrifttum vertretenen Ansichten, um den heutigen Stand der Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung aufzuzeigen. Auf den hierauf folgenden rechtlich-konstruktiven Teil ist der Schwerpunkt der Arbeit, die Untersuchung der Grundlagen der mutmaßlichen Einwilligung, verlegt, im dritten Abschnitt sollen nach der gefundenen Begriffsbestimmung die erwähnten drei Fallgruppen in ihren einzelnen Voraussetzungen näher erläutert werden.

Richtunggebend ist für die Arbeit der Gedanke, daß eine kriminalistische Frage nur nach kriminalistischen Grundsätzen, nicht anders, entschieden werden darf. Die Arbeit möchte damit dem Vorwurf zu entgehen suchen, den man vielleicht einzelnen der bisherigen Lösungsversuche machen könnte, daß zur Begründung der mutmaßlichen Einwilligung aus teleologischen und rechtsphilosophischen Gedankengängen heraus die Rechtstatsachen der lex lata übersehen oder doch nicht genügend berücksichtigt worden seien. Und wenn auch bei dem heutigen Stande der Gesetzgebung und Wissenschaft die Aufstellung allgemeiner Grundsätze nur mit Zurückhaltung erfolgen kann,[1]) so hoffen wir doch, den Nachweis erbringen zu können, daß auch im geltenden Rechtszustand die mutmaßliche Einwilligung ein Rechtfertigungsgrund des gegenwärtigen Strafrechts ist, und daß es sich nicht darum handelt, was Bierling[2]) mit Recht als unmöglich verworfen hat, aus den Grundgedanken des Gesetzes einen Rechtssatz abzuleiten, den der Gesetzgeber aufgestellt haben würde, wenn er das Bedürfnis nach einem solchen vorausgesehen hätte. Denn dieser Versuch liefe darauf hinaus, daß man dem Gesetz im Geist der Gegenwart und nach ihren Bedürfnissen einen anderen Inhalt gäbe — also auf „freie Rechtsfindung“[3]).

Doch darf man andererseits nicht in den entgegengesetzten Fehler verfallen, allzu engherzig an den Gegebenheiten eines einzelnen Rechtsgebiets festhalten zu wollen. Es handelt sich im Grunde doch um eine Frage, die nicht nur für das Strafrecht Bedeutung hat. Die Spaltung der Arbeitsgebiete hat eine gewisse Einseitigkeit in der Behandlung allgemeingültiger Fragen von zivilrechtlichen, strafrechtlichen, staatsrechtlichen Gesichtspunkten aus zur Folge gehabt. Unsere Rechtsordnung, die eine kasuistische Unterscheidung ihrer allgemeinen Regeln ablehnt, kann nicht ohne die Auslegungsmittel der Rechtsvergleichung und Analogie auskommen, und man wird mit Wolff[4]) annehmen dürfen, daß von einer allgemeineren Warte aus, von der Heranziehung verschiedener Rechtsgebiete zu Vergleichszwecken unter Umständen besonders fruchtbare Ergebnisse zu erwarten sind.

---

[1]) Liszt a. a. O. S. 197.
[2]) Jur. Prinzipienlehre IV, S. 289.
[3]) Vgl. auch Josef in Jur. Rundschau, 3. Jahrgang Nr. 24, Sp. 681 und Arch. f. z. Pr. 127, 95.
[4]) Verb. Verhalten S. VII.

II.

Die Uebersicht über das Schrifttum.

Es kann nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen, von Anfang an das gesamte Problem der Rechtswidrigkeit aufzurollen, da hier nur eine einzelne, ganz bestimmte Frage aus diesem großen Gebiet untersucht werden soll. Die hier zu gebende Uebersicht über den heutigen Stand der Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung wird sich daher auf die in das eigentliche Gebiet der Arbeit einschlagenden Einzeldarstellungen beschränken können und nur da auf die zu Grunde liegenden allgemeinen Rechtsfragen zurückzugreifen brauchen, wo es sich als nötig erweist, die Stellungnahme der gesamten Wissenschaft darzulegen und zu zeigen, von welcher grundsätzlichen Einstellung her und auf welchen Wegen die verschiedenen Ansichten entstanden sind.

A Das Aufkommen der Rechtsgeschäftstheorie.

In einer kleinen rechtsgeschichtlichen Abhandlung hat Heimberger[1]) gezeigt, daß die Lehre vom Unrechtsausschluß ebenso wie die allgemeine Verbrechenslehre und die Erforschung der Rechtswidrigkeitsfragen im besonderen erst Kinder der jüngsten Zeit strafrechtlicher Forschung sind.

So findet erst im Schrifttum der letzten 25 Jahre die erste der eingangs genannten drei Fallgruppen, in die sich das Gebiet der mutmaßlichen Einwilligung aufteilen läßt, eingehendere Untersuchungen.

Den ersten Hinweis auf die Verwendbarkeit der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag für strafrechtliche Zwecke brachte Rosenberg in seinem Aufsatz „Strafbare Heilungen" (1903)[2]). Von einem Praktiker für die Praxis geschrieben, enthält die Arbeit weniger dogmatische Gedankengänge als den Hinweis darauf, daß unter den Begriff „Geschäftsbesorgung" auch die Tätigkeit des operierenden Arztes fallen könne. Er zeigt damit als erster einen Weg zur rechtlichen Begründung einer Frage, die bisher nur das Rechtsempfinden befriedigend zu lösen vermocht hatte.[3]) Wertvoll ist seine Arbeit auch deshalb, weil sie an Hand eines wohl erschöpfenden Ueberblicks über den damaligen Stand der Wissenschaft zu dieser Frage der Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe zeigt, wie man schrittweise und durchaus induktiv in die damalige terra incognita der Rechtswidrigkeit einzudringen suchte.

Die Kontroverse, die sich im Anschluß an Rosenbergs Schrift entspann[4]), ist heute nicht mehr von Belang.

2. Auf anderem Wege, von Stammlerschen Gedankengängen ausgehend, sucht Dohna in seiner Monographie über die Rechtswidrigkeit (1905) das Problem deduktiv zu erfassen, um insbesondere auch dabei die unvollkommene und lückenhafte Regelung des positiven Rechts durch einen über der Kasuistik der einzelnen Rechtfertigungsgründe stehenden allgemeinen Grundsatz des ungeschriebenen Rechts zu unterbauen.

Die apriorisch festgestellten allgemeingültigen Merkmale des richtigen Rechts faßt Dohna in einer formalen Maxime zur Grenzziehung zwischen Recht und Unrecht und zur kritischen Würdigung sowohl der einzelnen Norm als auch des zu normierenden Verhaltens zusammen, indem er fordert, daß die Rechtsnormen „rechtes Mittel zu rechtem Zweck" seien[5]).

---

[1]) Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrichkeit. Festschrift zur 300-Jahrfeier der Universität Gießen. 1907.

[2]) G. S. **62**, 62 ff.

[3]) Vgl. RG St **25**, 375 ff (1894).

[4]) Behr G. S. **62**, 416 ff (1903), Brückmann ZStrW **24**, 657 ff (1904), Kohlrausch Z Str. W. **23**, 612 ff (1903).

[5]) Vgl. Dohna, Rechtswidrigkeit, S. 38, 48, 54 ff. S. a. Mezger S. 224 f.

Daraus folgert er dann weiter, daß Norm und normiertes Verhalten diesem formalen Grundsatz genügen müssen, um von der Rechtsordnung als „richtig", d. h. als rechtmäßig anerkannt werden zu können.

Rechtswidrig ist demnach jedes unrichtige Verhalten; „ein Verhalten, welches die speziellen Tatbestände eines gesetzlich bestimmten Delikts aufweist und in dieser Lage unrichtig ist.[1])"

Wann ein solches Verhalten vorliegt, hängt davon ab, ob es in seiner besonderen Lage mit dem Gedanken des sozialen Ideals, der Gemeinschaft frei wollender Menschen zusammenstimmt.

Dabei beantwortet Dohna die Frage nach dem rechten Zweck „im durchaus subjektiven Sinn des psychischen Zwecks"[2]) im Gegensatz zum realen Zweck. Es gelte das „Prinzip, daß die sachliche Richtigkeit konkreter Zwecksetzung den Ausschlag" zu geben habe. „Sachverständiger in der Würdigung seiner Handlung sei in erster Linie der Täter selbst" und erst der Nachweis einer Pflichtverletzung, einer Außerachtlassung „der erforderlichen Prüfung und Sorgfalt bei Vornahme der inkriminierten Handlung" könne dem Täter zum Vorwurf gemacht werden[3]).

Entscheidend sind also nach Dohna die subjektiven Zwecke des Täters. Die Pflichtwidrigkeit ist der „Kern beider strafrechtlicher Grundlehren"[4]) der Rechtswidrigkeit und der Schuld, ohne daß dabei die Gefahr einer Verwirrung zu befürchten sei. Diese Auffassung erklärt sich aus der Dohna eigenen Anschauung vom Recht als der Summe der Bestimmungen, denen der gemeinsame Endzweck eigne, „die Rechtsunterworfenen zu objektiv begründetem, inhaltlich richtigem Wollen anzuleiten"[5]).

3. Sodann war es Zitelmann, der die Gedanken Rosenbergs und anderer[6]) wieder aufgriff und sie aus der Verwendung in dem verhältnismäßig kleinen Bereich ärztlicher Tätigkeit heraus auf eine breitere Grundlage mit dem Anspruch auf allgemeine Gültigkeit stellte. Er behauptete, die objektive Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in fremde Rechsgüter sei ausgeschlossen, soweit der Handelnde sich als Geschäftsführer in den Grenzen der §§ 677 ff BGB. halte[7]). Damit hat Zitelmann als erster versucht, an Hand des geltenden Rechts die Probleme des Unrechtsausschlusses jenseits der Einwilligungsgrenze allgemein zu lösen. Sein Verdienst liegt darin, „eine allbekannte und doch bisher nicht genügend gewürdigte Rechtserscheinung in das rechte Licht gerückt zu haben"[8]).

Die Zitelmannsche Lehre findet ihren Angelpunkt in der unmittelbaren Uebertragung der zivilrechtlichen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag auf das Gebiet des Strafrechts. Das bürgerliche Recht dulde die Geschäftsführung nicht nur, sondern wolle sie fördern und habe sie deswegen für (objektiv) rechtmäßig erklärt. Das ergebe sich nicht nur aus der gesamten Behandlung durch das BGB. und aus dem Zweck der Bestimmungen, sondern sei auch aus dem Wortlaut der §§ 677 und 678 selbst zu entnehmen. Denn dort sei dem Uebernehmer die Verpflichtung auferlegt, das fremde Geschäft nach der Uebernahme pflichtgemäß zu führen, sodaß eine Haftung nach Deliktsgrundsätzen nicht Platz greifen könne. Die Uebernahme selbst aber verpflichte nur in den in § 678 genannten Fällen zum Schadenersatz — in allen anderen daher nicht.

Die Vorzüge der Lehre Zitelmanns sind einleuchtend genug. Man glaubte, in dieser Konstruktion eines Rechtfertigungsgrundes unmittelbar aus den Gesetzesbestimmungen eine dem „Ei des Columbus" ähnliche

---

[1]) Vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Recht, S. 15.
[2]) Mezger S. 225, vgl. Dohna S. 99.
[3]) S. a. Dohna, Recht und Irrtum S. 6 ff.
[4]) Mezger S. 226.
[5]) Dohna, Rechtswidrigkeit S. 150
[6]) Z. B. Flügge S. 62, 80 ff. Hellwig S. 9 ff. weitere bei Brückmann a. a. O.
[7]) Arch. f. z. Pr. 99 1 ff, insbes, S. 102 ff.
[8]) Fischer S. 283.

Lösung und einen Ausweg aus all den Schwierigkeiten gefunden zu haben, die bisher die Frage nach der Rechtsmäßigkeit eines derartigen Verhaltens gemacht hatte[1]). So ist es zu erklären, daß Zitelmann in der Folgezeit schnell eine verhältnismäßig große Anhängerschaft in Wissenschaft und Rechtsprechung gewann[2]).

4. Die Zitelmannschen Gedanken wurden von Ahrens (1909) mit besonderer Berücksichtigung der strafrechtlichen Verwendbarkeit dieses Rechtfertigungsgrundes weitergeführt[3])

B. Ist die Geschäftsführung ohne Auftrag rechtmäßig?

Zitelmann konnte sich mit der Behauptung, die Geschäftsführung ohne Auftrag sei vom Bürgerlichen Gesetzbuch als objektiv rechtmäßig anerkannt, auf die historische Entwicklung der in den §§ 677 ff niedergelegten Rechtsgedanken stützen und hatte auch nur mehr hilfsweise die Rückschlüsse aus den Bestimmungen der §§ 677 und 678 zur Begründung seiner Meinung herangezogen. Denn wie das römische Recht[4]) die negotiorum gestio ihrer utilitas wegen begünstigte, so galt sie auch im Gemeinen Recht allgemein als rechtmäßig[5]).

I. Insbesondere führt diesen Gedanken Kohler in seiner auch heute noch vielfach genannten Abhandlung „Die Menschenhilfe im Privatrecht"[6]) (1887) aus. Er zeigt, wie in primitiven Rechtsordnungen, z. B. im mosaischen Recht, geradezu eine Rechtspflicht bestand, andere Glieder der Rechtsgemeinschaft vor drohendem Schaden zu bewahren und wie in den späteren, höher entwickelten Stufen rechtlichen Lebens die Rechtspflicht zum Helfen zwar nicht mehr statuiert werden konnte, die Rechtshilfe jedoch stets für eine sittliche Pflicht gehalten und von den verschiedensten Rechtsordnungen nicht nur gebilligt und mit einem Anspruch auf Ersatz der Auslagen ausgestattet, sondern darüber hinaus auch ein Recht des Geschäftsführers auf Belohnung anerkannt worden sei. Aus alledem zieht er den Schluß, daß es Aufgabe des Rechts sei, diese „sehr begehrenswerte", „sehr unterstützungs- und fördernswerte Menschenhilfe", deren Hauptanwendungsfall im heutigen Recht die Geschäftsführung sei, zu begünstigen und in gesteigertem Maße zu berücksichtigen[7]).

Bis dahin war, wie H. A. Fischer[8]) sagt, niemand von den unzähligen römischen und gemeinrechtlichen Juristen, die sich mit dieser Materie beschäftigt hatten, auf den Gedanken gekommen, daß der Gestor mit seinem Eingriff in den fremden Rechtskreis eine rechtswidrige Handlung begehen könne.

2. Trotzdem aber stehen die Kommentare von Planck und Staudinger auf dem Standpunkt, daß die Geschäftsführungsvorschriften des

---

[1]) Vgl. Heinitz S. 46. Bezeichnend z. B. RG. St. **25**, 382; auch v. Bar G. S. **60**, 81 ff. und Rosenberg a. a. O.

[2]) Z. B. Heimberger VDA IV, S. 24 ff. Gerland VDA II, S. 307 Anm. 2; H. A. Fischer S. 281 ff; Nagler S. 362; Frank bis 1919 a. a. O; Honig S. 165 ff; v. Hippel Bedeutung der G. o. A. S. 3, der noch heute die Richtigkeit der Lehre Zitelmanns verficht.

[3]) Die Abweichungen von Zitelmanns Lehre sind nur gering, vgl. z. B. S. 64 f.

[4]) Quellennachweise bei H. A. Fischer S. 282

[5]) Vgl. Fischer S. 283 und z. B. Dernburg, Pandekten II, S. 317 Anm. Die Ansprüche aus der negotiorum gestio gründen sich im Interesse der bürgerlichen Gesellschaft an der Erhaltung und dem Wohlsein ihrer Glieder und an der Erhaltung und möglichsten Mehrung ihrer Güter.

[6]) Iherings Jahrb. **25**, I ff.

[7]) Vgl. insbes. S. 43 und 143.

[8]) S. 283

BGB. die objektive Widerrechtlichkeit solchen Tuns nicht ausschlössen[1]). Planck sagt, es sei weder ausdrücklich — wie etwa in § 904 BGB. — bestimmt, daß die Geschäftsführung rechtmäßig sei, noch lasse sich das aus der Regelung der obligatorischen Beziehungen zwischen gestor und dominus folgern. Wie die Entstehungsgeschichte dieses Titels bezeuge, habe der Gesetzgeber mehr nicht regeln wollen. Ein allgemeines Prinzip im Sinne Kohlers und Zitelmanns sei nicht erkennbar. Auch seien die Schlüsse Zitelmanns aus den §§ 677 und 678 nicht zwingend — aus der Schadenersatzregelung des § 678 ergebe sich nur, daß bei zweckentsprechender Geschäftsführung die allgemeinen Lehren über Rechtsverletzungen angewendet werden müßten. Jhm hat sich Staudinger angeschlossen, der zwar die Unbilligkeit der Folgen seiner Ansicht bedauert, aber dem Geschäftsführer nur mit den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung oder mit einer stillschweigenden Vereinbarung helfen zu können meint. Er führt unter Bezugnahme auf die Zitelmannsche Schrift auch aus, daß die dort genannten Beispiele keine Geschäftsführungsfälle seien — es sei nach dem für den Begriff der Geschäftsbesorgung in letzter Linie entscheidenden Sprachgebrauch des täglichen Lebens unzweifelhaft, daß insbesondere „Verrichtungen an der Person eines Anderen nicht als Besorgung eines Geschäfts desselben erachtet werden“ könnten.

3. Diese Ansicht kann indessen weder als richtig noch als herrschend bezeichnet werden. Enneccerus[2]) widerlegt die Planck-Staudingersche Meinung mit der in § 677 gemachten Unterscheidung von Uebernahme und Ausführung der Geschäftsführung ohne Auftrag: Die Uebernahme sei noch kein Eingriff in fremde Rechte, sie verpflichte zum Schadensersatz nur bei Verschulden (§ 678), sei aber die Uebernahme erfolgt, so sei der Geschäftsführer zur Fortführung verpflichtet und Handlungen zur Erfüllung einer Rechtspflicht könnten nicht widerrechtlich sein, sofern sie sich in den gesetzlichen Grenzen hielten und die schuldige Sorgfalt nicht verletzten.[3])

4. Schließlich sei auch noch auf die eingehende Widerlegung Plancks bei H. A. Fischer[4]) hingewiesen. Er bildet unter Verwendung der sich bei Planck und Staudinger findenden Bemerkung, daß die Angestellten des Geschäftsherren ein Notwehrrecht gegen widerrechtlich handelnden Geschäftsführer hätten, folgendes Beispiel für die „scheinbaren Härten“ jener Meinung: Es könnte nach Planck-Staudinger beim Brande eines Gutshofes in Abwesenheit der Herrschaft die treue Dienerschaft sich in Ausübung ihres Notwehrrechts sich der Aufgabe widmen, die herbeieilenden Nachbarn von den Löscharbeiten abzuhalten! Mit diesem Beispiel wird die Ansicht von Planck und Staudinger klar ad absurdum geführt.

Man wird daher unbedenklich feststellen können, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag rechtmäßig ist.

C. Die Ueberwindung der Rechtsgeschäftstheorie.

Trotz der klaren und befriedigenden Ergebnisse der Lehre Zitelmanns hat die weitere Entwicklung der Rechtswidrigkeitslehren doch zur Ablehnung dieser Meinung — wenigstens in der von Zitelmann aufgestellten Form — geführt.

---

[1]) vgl. Planck 3. Aufl. 1907 Band 2 und neueste Aufl. 1928 II, II Vorbem. vor § 677 V. Staudinger 9. Aufl. 1929 II,3 zu § 677 Anm. 2a und zu § 823 II B 7.

[2]) 23. — 27. Aufl. (1927) S. 670 Anm. 33.

[3]) Zustimmend für das Zivilrecht: Titze S. 116; Oertmann Vorbem. II vor § 677; O. v. Gierke S. 883 Anm. II; weitere bei v. Hippel, Bedeutung der G. o. A. S. 4 f und Anm. 23—31; für das Strafrecht s. oben S. 14 Anm. 2

[4]) S. 283 ff.

I. Zunächst wandte sich Hegler[1]) gegen die von Zitelmann angewandte unmittelbare Uebertragung zivilrechtlicher Vorschriften auf strafrechtliches Gebiet und die damit verbundene, noch lange fortwirkende Verwechselung der Einwilligung als Rechtsgeschäft mit dem Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Verletzten. Hegler wendet ein, die strafrechtliche Verwertung der Geschäftsführung ohne Auftrag sei eine Fehlbildung, weil sie in der Ausgestaltung, die sie im BGB. erfahren habe, nur eine Statuierung der im Innenverhältnis zwischen den Kontrahenten entstehenden Rechtsbeziehungen sei, während es das Strafrecht mit der Legitimation eines in die Rechtssphäre anderer eingreifenden Verhaltens, also mit einem Außenverhältnis zu tun habe. Hegler setzt sich bei seiner Beweisführung nicht mit dem Gesichtspunkt auseinander, daß doch immerhin für alle Rechtsgebiete und also auch für das Strafrecht die Tatsache bedeutungsvoll ist, daß der Gesetzgeber ein solches Verhalten gestattet und für rechtmäßig gehalten hat.

Im übrigen stellt Hegler als neuen Rechtfertigungsgrund das „Prinzip des wahren Wohls" auf, einen rein objektiven Grundsatz. Nach seiner Ansicht soll ein tatbestandsgemäßes Handeln dann rechtmäßig sein, wenn es das wohlverstandene Interesse des Betroffenen wahrt, weil ein solches Tun nicht antisozial sei und darum nicht dem Unwerturteil der Rechtsordnung unterfallen könne.

Beim späteren Ausbau dieser Lehre ist allerdings doch fraglich geworden, in welchem Umfang bei der Feststellung und der Beurteilung des wohlverstandenen Interesses subjektive Interessen und individuelle Verhältnisse zu berücksichtigen sind.

2. Mit ähnlicher Begründung wendet sich Beling gegen Zitelmann[2]). Auch Frank, der früher den Standpunkt Zitelmanns geteilt hatte, ist neuerdings im wesentlichen Hegler beigetreten[3]).

3. Den entscheidenden Gesichtspunkt für die Ablehnung der Zitelmannschen Theorie hat M. E. Mayer gefunden. Er bezeichnet die unmittelbare Verwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag als fehlerhaft, denn die Geschäftsführung ohne Auftrag sei, wie alle Rechtsgebilde des BGB., als Bestimmung über Rechtsgeschäfte „auf Rechtsfolgen gemünzt, die von der Strafe toto genere verschieden"[4]) seien. Und nicht in der, überdies bestrittenen Heglerschen Unterscheidung liege der Grund zur Ablehnung einer unmittelbaren Uebertragung jener Rechtssätze auf das Strafrecht, sondern darin, daß „von der Tatsache, daß zwischen den Kontrahenten Rechte und Pflichten entstanden oder nicht entstanden sind, keine Brücke zu dem Ergebnis führt, daß der Staat einen Strafanspruch hat"[4]).

Grundsätzlich zustimmend haben sich in der Folgezeit Lobe, Liszt – Schmidt und Köhler entschieden[5]).

So ist die Rechtsgeschäfts-Theorie mit dem Fortschreiten der Wissenschaft allmählich überholt worden. Jedoch wurde damit von neuem die Frage nach dem „Wie" des Unrechtsausschlusses jenseits der Einwilligungsgrenze brennend.

D. Neue Wege.

Nach der Ablehnung der Rechtsgeschäftstheorie hat man sich abermals dem Problem der mutmaßlichen Einwilligung zugewandt und von verschiedenen Seiten her Lösungsversuche unternommen.

---

[1]) Z Str. W. **36**, 42.
[2]) Z Str W. **44**, 238 ff.
[3]) vgl. 17. Aufl. (1926) vor § 51.
[4]) S. 292 f.
[5]) Lobe Lpz. Kom. S. 14 f. Liszt – Schm. S. 137, Köhler S. 388, 396.

Schon Zitelmann und ihm folgend Ahrens[1]) hatten die auch damals schon bekannte Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung damit abgetan, daß sie sagten, dieser Grundsatz könne zwar in vielen Fällen brauchbar sein, stehe aber völlig beweislos da und sei auch in der Tat unbeweisbar. Bei dem heutigen Stand der Wissenschaft vermag eine solche Kritik nicht mehr jede Diskussion über diesen Gegenstand abzuschließen.

Auch Zitelmann hatte erkannt, daß es sich bei dem Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht um eine Frage handele, deren Anwendungsgebiet sich im Bereich des Schuldrechts oder nur des Zivilrechts erschöpfe, sondern daß hier ein Grundsatz von einer für die gesamte Rechtsordnung maßgebenden Bedeutung irgendwie zur Geltung gekommen sei.[2]) Diesen Grundsatz aufzufinden war das Bemühen einiger der neueren Lösungsversuche.

1. Sauer hat in seinem Werk über die „Grundlagen des Strafrechts" sich damit befaßt, einen allgemeingültigen Maßstab zu ermitteln, an dem sich bestimmen lasse, ob ein Verhalten im konkreten Fall von der Rechtsordnung zu billigen sei oder ihrem Unwerturteil unterfallen müsse. Er geht dabei von dem Zweck der Strafrechtsordnung aus, deren Ziel als Teil des öffentlichen Rechts es sei, im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Rechtsfriedens für die Belange des Staates, der Allgemeinheit und auch für die Interessen der Einzelnen zu sorgen. Zur Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte Handlung rechtmäßig ist, kommt es nach Sauer auf den ihr innewohnenden generellen, realen Zweck an, d. h. darauf, ob sie im Interesse des Staates oder eines Einzelnen als nützlich anzusehen sei oder nicht. Er lehnt dabei jede Berücksichtigung subjektiver Elemente ab, der Staat solle über nützliche Handlungen „froh sein, und die Rechtswidrigkeit nicht davon abhängig machen, daß der Handelnde auch in einer entsprechenden, zudem praktisch selten zweifelsfrei feststellbaren Gesinnung die Tat vollbrachte".[3]) Auf diese allgemeine Tendenz der Handlung komme es an, sie sei objektiv auszulegen und dann sei zu fragen, ob Verhaltungsweisen solcher Art der staatlichen Gemeinschaft und ihren Gliedern mehr nützen als schaden.

Damit bekennt sich Sauer zu einem durchaus objektiven Prinzip im Gegensatz zu Dohna, der zwar auch auf die Tendenz der Handlung abstellt, aber zur Feststellung dieser Tendenz die Gesinnung, in der der Täter handelte, für unentbehrlich hält, da dem Täter nur bei pflichtwidrigem Tun der Vorwurf gemacht werden könne, sich unrichtig verhalten zu haben.

2. Eine eingehendere Darstellung des Problems der mutmaßlichen Einwilligung gab Mezger im Rahmen seiner Arbeit über die subjektiven Unrechtselemente.[4]) Er nimmt seinen Ausgang von der Idee, daß es das oberste Ziel des Rechts sei, das „kompossible Maximum der Interessenbefriedigung" zu erreichen. Deshalb sei jeder Rechtfertigungsgrund, der sich zur „Maximierung der Interessenbefriedigung als generell geeignet" erweise, unmittelbar als geltendes Recht anzusprechen, denn in jenem Rechtssatz habe der Gesetzgeber jenes oberste Ziel des Rechts bereits mitgesetzt. Alle lückenhaften Rechtssätze seien daher in diesem Sinne zu ergänzen[5]).

---

[1]) Zitelmann S. 102 f.; Ahrens S. 60 ff.

[2]) Dohna, Rechtswidrigkeit S. 95 ff. war noch nicht darauf verfallen, die Geschäftsführung ohne Auftrag allgemeiner zu fassen als einen de legelata anerkannten Fall seiner Lehre von der Rechtsmäßigkeit eines dem allgemeinem Wohl dienenden Verhaltens.

[3]) S. 348.

[4]) G. S. **89**, 207 ff.

[5]) Liszt S. 205 meint, wenn bei Mezger die mutmaßliche Einwilligung nichts anderes sei als eine Anwendung seines obersten Rechtfertigungsprinzips auf eine durch jene Benennung zusammengefaßte Gruppe gleichgelagerter Fälle, sei dagegen nichts einzuwenden, ob sie dann aber als besonderer Rechtfertigungsgrund nötig sei, dürfte zu bezweifeln sein.

Damit verzichtet Mezger auf jede weitere Begründung seiner Ansicht. In seiner wertenden Methode steht er Sauer insoweit ziemlich nahe, als auch er es in erster Linie darauf ankommen lassen will, ob ein tatbestandsmäßiges Verhalten dem objektiven, generellen Zweck der Handlung nach im Einklang mit jenem obersten Ziel der Rechtsordnung steht und deshalb nicht dem Unwerturteil der Rechtsordnung unterfallen kann. Während Sauer indessen[1]) ohne jede Rücksicht auf die subjektive Einstellung des Täters zu seiner Tat und auf die Willensrichtung des Betroffenen lediglich den Erfolg der Handlung entscheiden lassen will, berücksichtigt Mezger in weitem Umfang subjektive Elemente. Denn da sich die mutmaßliche Einwilligung wie auch die tatsächliche Einwilligung stets auf die Handlung, auf das gewollte Tun des Täters beziehe, könne die innere Willenseinstellung des Handelnden grundsätzlich nicht eliminiert werden.

Das mag näher gezeigt werden an dem Unterschied zwischen den Meinungen von Dohna, Sauer und Mezger bei der Entscheidung des von Dohna gegebenen Rechtsfalls der Rettung eines Kindes aus der Gefahr der Gasvergiftung durch das Einwerfen einer Fensterscheibe.

Dohna[2]) unterscheidet, ob der Täter in der Absicht, das Kind zu retten gehandelt habe, oder ob er mutwillig ohne Ahnung von den Folgen seines Verhaltens die Tat begangen, und will in diesem Falle wegen Sachbeschädigung bestrafen.

Sauer will den Täter immer straffrei lassen. Der Erfolg, die Rettung eines Menschenlebens, sei so wertvoll, daß es dabei auf die Gesinnung des Täters nicht ankommen könne.

Mezger vermittelt[3]): Es sei zu fragen, ob es für den Verletzten bei Kenntnis der Sachlage auf die Willensrichtung des Täters angekommen sei; der gute Erfolg sei nur dann zu billigen, wenn ihn der Verletzte auch bei rechtsfeindlicher Gesinnung des Täters gutgeheißen haben würde.

Mezger führt damit streng folgerichtig den Gedanken durch, daß im Bereich der mutmaßlichen Einwilligung ebenso wie in dem der wirklichen Einwilligung die Willensrichtung des Verletzten maßgebend sei. Die mutmaßliche Einwilligung muß nach Mezger „ihren Grund vollkommen in der wirklichen Willensrichtung des Verletzten finden. Die Annahme einer sogenannten mutmaßlichen Einwilligung bedeutet ein Urteil über den wirklichen Seelenzustand desjenigen, gegen den sich die Tat unmittelbar richtet, und zwar ein Urteil dahin, daß derjenige, gegen dessen Interesse sich die Tat richtet, bei Kenntnis der Sachlage in die Verletzung eingewilligt hätte“[4]).

Nach Mezger braucht der Täter also nicht im Bewußtsein der mutmaßlichen Einwilligung (mit dem animus aliena negotia gerendi) gehandelt zu haben. Die Feststellung, der Verletzte würde in die Handlung eingewilligt haben, wenn er von der Sachlage — die Willensrichtung des Täters miteinbezogen — Kenntnis gehabt hätte, genügt, das tatbestandsmäßige Verhalten zu rechtfertigen[5]).

Damit stellt Mezger seinen Rechtfertigungsgrund — von den Fällen der Heilbehandlung abgesehen — auf eine im wesentlichen objektive Grundlage, da er das subjektive Merkmal der Willensrichtung des Täters nicht zur Rechtfertigung der Tat erforderlich hält, sofern sie vom Inhalt der Einwilligung nicht abweicht. Und in dem hier zu entscheidenden Dohna'schen Fall tut sie das nicht, da der Verletzte in die verbrecherische Tat wegen der für ihn günstigen Folgen eingewilligt haben würde. Die Tat ist deshalb durch die (hypothetische) Einwilligung mitumfaßt und demnach nicht rechtswidrig.

---

[1]) S. 334 ff.
[2]) G. S. **65**, 311.
[3]) G. S. **89**, 291 f.
[4]) S. 289.
[5]) vgl. Traeger S. 162 ff.

Auf Einzelheiten der Mezgerschen Darstellung einzugehen sei dem folgenden Abschnitt vorbehalten.

3. v. Weber[1]) geht in dem Teil seiner Arbeit, in dem er unter dem Titel „Vorausgesetztes Einverständnis des Berechtigten" Fälle der mutmaßlichen Einwilligung behandelt, von den Notrechten des Strafrechts und der Rechtsordnung im allgemeinen aus. Die Anlage seiner ganzen Untersuchung bringt es mit sich, daß die Grenzen zwischen der Rechtfertigung nach dem Prinzip des mangelnden und des überwiegenden Interesses[2]) nicht recht deutlich werden. Zwar verkennt v. Weber nicht, daß der Grund der Straflosigkeit in den Fällen der mutmaßlichen Einwilligung nicht in dem Wertverhältnis der kollidierenden Interessen liegen könne, und daß er sich mit der Berücksichtigung des Willens des Berechtigten und — bei seinem Fehlen — des subjektiven Interesses in Gegensatz zu seiner Lehre von der Kollision berechtigter Belange setzt, meint aber, daß man mit beiden Prinzipien zu übereinstimmenden Ergebnissen kommen könne, weil auch für den normalen Einzelwillen die Abwägung der beiderseitigen Interessen ein wichtiges Motiv abgeben werde[3]).

Von dieser Grundeinstellung aus möchte v. Weber eine Anzahl Fälle unter dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung lösen, die unserer Einteilung nach in die zweite Fallgruppe gehören: Verhaltensweisen, die nicht den Belangen des Betroffenen zu dienen bestimmt sind, und die doch wegen der vom Täter mit Recht vermuteten Interessenlage und Willensrichtung des Verletzten rechtmäßig sind. Er sagt durchaus zutreffend, es genüge nicht, daß der Täter tue, was der Berechtigte bei Kenntnis der Sachlage getan hätte, es müsse vielmehr hinzukommen, daß die Vornahme der Handlung auch ohne Befragung in seinem Sinne gelegen hätte. Bei der Ausgestaltung seiner Beispiele betont er aber neben der Geringfügigkeit der Rechtsverletzung und der Unmöglichkeit, den Berechtigten in der Zeit, in der Hilfe nottut, zu erreichen, eine unmittelbare Notlage auf Seiten des Handelnden, sodaß seine Fälle unserer Ansicht nach viel sinngemäßer als echte Notstandsfälle behandelt werden sollten[4]).

Hervorhebenswert erscheinen aus der Weberschen Darstellung einmal seine entschiedene und mit guten Gründen belegte Ablehnung der Rechtsgeschäftstheorie und zum anderen seine Entscheidung für die Willensrichtungstheorie, in der er mit Recht einen Angelpunkt der gesamten Rechtfertigungslehre nach dem Grundsatz des mangelnden Interesses sieht. „Den Grund der Straflosigkeit in der rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit der Einwilligung sehen zu wollen, ist falsch — beides, Straflosigkeit und privatrechtliche Wirksamkeit sind koordiniert; sie beruhen auf demselben Grund, eben darauf, daß die Rechtsordnung ein Rechtsgut der freien Verfügung des einzelnen überlassen hat[4])". Und weiter „Der nicht erklärte Wille ist für das Privatrecht bedeutungslos. Das gilt nicht im Strafrecht für die Feststellung, ob eine Handlung, die dem Willen des

---

1) Das Notstandsproblem S. 49 ff.

2) Mezger S. 270.

3) Vgl. v. Weber S. 49, 54.

4) Vgl. Weber a. a. O.
So z. B. Rechtfertigung des Verhaltens von Spaziergängern, die vor einem plötzlich ausbrechenden Unwetter in den Hausflur des nächsten Gebäudes flüchten, wobei betont wird, daß der Berechtigte hier wohl nicht einmal um seine Erlaubnis gefragt zu werden brauche, da er über die mit der Anfrage verbundene Störung ungehaltener sein dürfte als über den tatbestandsmäßigen Hausfriedensbruch. Oder das Verhalten des Freundes, der für einen erkrankten Angehörigen seinem Freunde die anderweit nicht zu beschaffende Medizin wegnimmt.
Beides sind echte Notstandshilfe nach § 904 BGB. Liszt S. 205 vermißt die scharfe Trennung von Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund.

Berechtigten entsprochen hat, rechtmäßig ist". Denn das Interesse des Berechtigten an der Erhaltung eines seiner Rechtsgüter brauche nicht immer offenbar zu sein, meistens sogar sei es im Zustand der Ruhe nur latent vorhanden und ändere sich von selbst mit der Veränderung der äußeren Umstände ohne jede „Willenserklärung" des Berechtigten. Die Erfahrung zeige, daß der Betroffene unter gewissen Umständen in derartige Eingriffe in seinen Rechtskreis einwillige, auch ohne vorher irgendeine Erklärung über seine Interessenlage gegeben zu haben, zu der in der Regel auch kein Anlaß vorliege.

4. In seiner letzten Veröffentlichung (1927) hat sich Träger mit dem Problem der mutmaßlichen Einwilligung beschäftigt[1]).

Den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung lehnt Träger vollkommen ab. Für ihn als entschiedenen Anhänger der Willenserklärungstheorie gibt es keinen Unrechtsausschluß durch eine nur vermutete Einwilligung. Mit einer gewissen petitio principii hält er insbesondere die auch auch hier versuchte Lösung der Frage im engen Anschluß an das Einwilligungsproblem für unmöglich. Er ist der Ansicht, daß die tatsächliche Einwilligung ganz auf den erklärten Willen des Verletzten abstelle, die mutmaßliche Einwilligung dagegen ausschließlich die Willensrichtung des Handelnden berücksichtige; eine analoge Behandlung beider Fragen sei daher auch nur dem Grunde nach undenkbar.

Auch die Mezgersche Begründung der mutmaßlichen Einwilligung lehnt Träger ab. Er gesteht ihr zwar Folgerichtigkeit zu, hält aber den Ausgangspunkt für falsch, daß die mutmaßliche Einwilligung ein Seitenstück zur förmlichen Einwilligung sei.

In den Fällen der mutmaßwilligen Einwilligung nehme der Täter nicht an, daß eine Einwilligung schon vorliege, sondern daß er mit seinem Eingriff in das Rechtsgut des anderen diesem nicht zu nahe trete und in dessen Sinn, dessen mutmaßlichem Willen entsprechend handele. Diesen mutmaßlichen Willen könne und dürfe er aber nur voraussetzen, wenn der Eingriff im Interesse des anderen geschehe und ihm voraussichtlich zum Vorteil gereichen werde[2]).

Während nach Mezger der oberste Zweck des Rechts in der größtmöglichsten Befriedigung der individuellen subjektiven Interessen besteht, will Traeger mit seinem Rechtfertigungsgrund der Befriedigung der verständigerweise beim Betroffenen vorauszusetzenden Interessen dienen, also einen mehr objektiv gearteten Maßstab anlegen.

Traeger nennt seinen Rechtfertigungsgrund die „Nächstenhilfe"[3]) und verwertet damit die Kohlersche Interpretation der bürgerlichrechtlichen Geschäftsführung für die Zwecke des Strafrechts. Er sucht im Anschluß an die „wohldurchdachten Vorschriften" des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsführung ohne Auftrag die Lösung des dem allgemeinen Bedürfnis nach einem solchen Rechtfertigungsgrunde entstandenen Problems. Als das Ergebnis seiner Untersuchungen bringt er die Bestimmung der Grenzen, in denen sein Rechtfertigungsgrund der Nächstenhilfe wirksam sei, auf folgende Formel:

„Nicht rechtswidrig handelt, wer im (wohlverstandenen) Interesse eines anderen, der selbst oder dessen gesetzlicher Vertreter verhindert ist, seinen Willen zu erklären, einen keinen Aufschub duldenden, dem Willen des anderen oder des gesetzlichen Vertreters mutmaßlich entsprechenden Eingriff in ein Rechtsgut des anderen vornimmt (, in dessen Vornahme dieser oder sein Vertreter wirksam einwilligen kann[4]).)"

Damit sagt Traeger eigentlich wenig neues. Seine Ansicht ist lediglich eine, von der Rechtsgeschäftstheorie losgelöste Fassung der Zitelmannschen Gedankengänge.

---

[1]) G. S. **94**, 112 ff. insbesondere 154 ff.
[2]) Vgl. S. 164 ff.
[3]) Vgl. S. 157 ff.
[4]) S. 166.

5. R. v. Hippel, der im 5. Bande der Festgabe[1]) der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts in einen kurzen Abriß die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht behandelt, verwirft die neueren Lösungen des Problems, die die klaren Ergebnisse der Lehre Zitelmanns nur verdunkelt hätten, und schließt sich an die Rechtsgeschäftstheorie in der von Rosenberg, Zitelmann und Ahrens aufgestellten Form an.

E. Die Rechtsprechung zur mutmaßlichen Einwilligung.

Eine in diesem Zusammenhang nennenswerte Rechtsprechung über die mutmaßliche Einwilligung gibt es nicht. Das mag darauf zurückzuführen sein, daß der Begriff dieses Unrechtsausschließungsgrundes von der Wissenschaft noch nicht klar genug umrissen ist[2]), als daß er sich in der Rechtsprechung hätte einbürgern können.

Wohl ist hier und da — namentlich in älteren Entscheidungen — der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens herangezogen worden; auch ist in Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit der Züchtigung ungezogener Jugendlicher durch Erwachsene der Begriff der mutmaßlichen Einwilligung selbst aufgetaucht[3]), doch fehlte es noch an einer entschiedenen Stellungnahme der Rechtsprechung zu dem vorliegenden Problem.

Es erübrigt sich daher, hier einzelne dieser Entscheidungen herauszuheben. Nur das Urteil des Reichsgerichts vom 11. 3. 1927[4]) sei erwähnt, in dem unter Bezugnahme auf die frühere Entscheidung im 25. Band vom Jahre 1894 ausdrücklich gesagt ist, daß „die Gleichstellung des mutmaßlichen mit dem wirklichen Willen . . . . dem in § 677 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken entspreche."

Damit ist — und das wird sich auch noch im Folgenden zeigen — belegt, daß die gedanklichen Grundlagen der mutmaßlichen Einwilligung auch der Rechtsprechung nicht unbekannt geblieben sind.

---

1) S. 1 ff. Sowie Strafr. Bd. II S. 249 ff.

2) Vgl. Liszt-Schm. S. 205 Anm. : Klare Ergebnisse fehlen noch durchaus.

3) Grundlegend RG St. 25, 375 ff. Weitere, auch Entscheidungen der OLG, siehe bei Geider und Volz a. a. O.

4) RG St. 61, 243 ff, die sich sehr eingehend mit der vorliegenden Frage befaßt.

III.

Die Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung.

A. Allgemeines.

Der vorhergehende Abschnitt — die Uebersicht über die im Schrifttum enthaltenen Ansichten von der mutmaßlichen Einwilligung — hat erkennen lassen, daß diese sich zu zwei grundsätzlichen Richtungen zusammenfassen lassen. Die Gegner der mutmaßlichen Einwilligung, die aus positivistischen Erwägungen den Unrechtsausschluß durch die mutmaßliche Einwilligung verneinen und andererseits die Freunde der mutmaßlichen Einwilligung, die übereinstimmend aprioristische Gründe in den Vordergrund stellen.

Während die Gegner etwa den Zitelmannschen Standpunkt teilen, daß dem wirklich Gewollten das im allgemeinen nicht gleichgesetzt werden könne, was gewollt sein würde, wenn bedacht worden wäre ..... — und also der mutmaßlichen Einwilligung aus dem Grunde keine rechtliche Wirksamkeit (wenigstens nicht im Gebiet der Rechtswidrigkeit) beimessen zu können glauben, weil das Recht keine Vorschrift aufweise, die zu einer solchen Annahme berechtige[1]), — finden die Freunde der mutmaßlichen Einwilligung die Berechtigung zur Gleichsetzung von förmlich erklärter Einwilligung des Verletzten und mutmaßlicher Einwilligung darin, daß sie in ihr etwa im Sinne Dohnas ein „rechtes Mittel zu rechtem Zweck" sehen, dessen rechtliche Begründung, dessen Notwendigkeit sie ohne weiteres aus der „Interessenbefriedigung" als dem „immanenten Endzweck allen konkreten Rechts" herleiten, weshalb denn auch die mutmaßliche Einwilligung als „generell geeigneter Weg zur Maximierung der Interessenbefriedigung" im Hinblick auf ihre Tendenz und ihren guten Endzweck als „unmittelbar geltendes Recht" anzusprechen sei[2]).

Indessen befriedigt weder das eine noch das andere Ergebnis. Beide Begründungen können nicht recht überzeugen. Es will scheinen, als ob die Gegner der mutmaßlichen Einwilligung in ihrem Beharren auf den positiven Rechtstatsachen doch allzu schnell die Möglichkeit eines derartigen Rechtfertigungsgrundes von der Hand gewiesen haben. Ihr Standpunkt läßt ein „allzu ängstliches Betonen der Bestimmtheit rechtlichen Wollens[3])" erkennen und berücksichtigt dabei nicht die berechtigte und gesunde Grundlage, auf der die Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung beruht. Es mag insbesondere Honig entgegengehalten werden, daß auch die Einwilligung des Verletzten selbst mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften als Rechtfertigungsgrund zum großen Teil aus dem ganzen System unserer Rechtsordnung heraus erkannt und begründet worden ist, und daß im tatbestandsstrengen Strafrecht auch die Analogie grundsätzlich nur zum Zwecke der Strafbegründung ausgeschlossen ist[4]).

Andererseits liegt klar zu Tage, daß die bisherige Begründung der mutmaßlichen Einwilligung gewisse Schwächen hat. Zwar ist vom Standpunkt der „Interessenjurisprudenz", den man ohne Bedenken als den in der Wissenschaft der Gegenwart herrschenden bezeichnen kann[5]), der Gesichtspunkt nicht von der Hand zu weisen, daß die unmittelbare Umkehrung der Gleichung (materielle) Rechtswidrigkeit=Interessenverletzung die Richtigkeit des Dohnaschen Satzes erweist. Wenn diese Beweisführung aber doch unvollkommen erscheint, so liegt das daran, daß der Sprung

---

[1]) Honig S. 155.

[2]) Mezger S. 290; Dohna G. S. **65**, 311; H. A. Fischer S. 239; Sauer S. 335 ff; Klee G. A. **69**, 164 ff.

[3]) Wegener S. 54.

[4]) Klee a. a. O. G. A. **69**, 164

[5]) Vgl. Honig S. 70 f., insbes. Anm. 55 und die dortigen Literaturnachweise.

zu groß ist, mit dem sie den festen Boden der Rechtstatsachen hinter sich läßt, um aus den Sternenhöhen des juristischen Begriffshimmels ihre Gründe herunterzuholen. In einer derart allgemeinen Fassung läßt sich auch ein grundsätzlich richtiger Gedanke nicht auf die gerade im Strafrecht formenstrengen Vorschriften der lex lata anwenden — wenn man nicht überhaupt die Fruchtbarkeit einer solchen Generalisierung für die Dogmatik verneinen muß.

Infolgedessen wird man es den Gegnern der Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung — soweit sie etwa wie Zitelmann nur deshalb ihre unrechtausschließende Kraft verneinen, weil sie sich nicht begründen lasse — nicht ganz verdenken können, daß sie auf ihrem Standpunkt verharren, solange es an einer auf den Gegebenheiten des gesetzten Rechts aufbauenden und mit den allgemein anerkannten Auslegungsregeln der Rechtswissenschaft arbeitenden Begründung fehlt, die geeignet ist, die einstweilen unüberbrückte Kluft zwischen Idee und Wirklichkeit zu überwinden.

In diesem Sinne soll im folgenden eine Beweisführung für die Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung versucht werden.

„Was rechtmäßig oder rechtswidrig ist, kann nur aus der Gesamtheit der Kundgebungen des ordnenden Rechtswillens entnommen werden und wird nur selten in einer einzigen Erklärung vollständig erschöpft . . . Zumeist ist aber eine solche Erklärung aus Erklärungen anderen Inhalts erst zu erkennen, namentlich aus solchen, die die Folgen vorhandener Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit regeln"[1]).

Damit sei unsere Methode gekennzeichnet. Aus dem Schweigen des Strafgesetzbuches einerseits und andererseits der von allen Seiten anerkannten und empfundenen Notwendigkeit, gewisse Fälle auf der Grenze zwischen Recht und Unrecht, die der Rechtsüberzeugung nach rechtmäßig sein müssen, auch juristisch einwandfrei lösen können, ergibt sich, daß wir es hier mit einer Lücke des geltenden Rechts zu tun haben, die der Ausfüllung bedarf.

B. Methodische Grundlegung.

I. Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung der Rechtfertigungsgründe.

Nach allgemeiner Ansicht von Wissenschaft und Rechtsprechung hat der besondere Teil unseres StGB als die „Magna Charta" des Verbrechers zu gelten[2]). Das bedeutet, daß die in ihm enthaltenen abstrakten Tatbestände einen Katalog der Verbrechenstypen darstellen, der Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Außer den in ihm als strafrechtlich relevant festgestellten Verbrechenstypen gibt es keine weiteren Delikte: Nulla poena sine lege poenali.

Das Gleiche gilt aber nicht für den Allgemeinen Teil des Gesetzbuchs[3]). Wie für das Gebiet der Schuldlehre wohl allgemein anerkannt ist, daß die gesetzliche Regelung der Schuldausschließungsgründe unzureichend und unvollständig ist[4]), wird auch in der Rechtfertigungslehre nicht mehr bestritten, daß das Gesetz auch hier nicht alle Unrechtsausschließungsgründe genannt hat und daß auch aus anderen als den im StGB aufgeführten Gründen ein tatbestandsgemäßes Verhalten rechtmäßig sein kann. Das Gesetz hat nur die Hauptausschlußgründe aufgezählt, „um dem Richter in den typischen Fällen des Lebens die stets mit Willkürgefahr verbundene freie Feststellung zu ersparen"[5]), welches Handeln dem Unwerturteil der Rechtsordnung unterfällt und welches nicht.

---

1) Lobe in Lpz. Kom. S. 15.
2) Liszt, Lehrb. S. 110.
3) Vgl E 1927, Begründung zu § 23.
4) Vor allem sei hier die Irrtumslehre genannt, vgl. Begr. zu E 1925 S. 15. Uebersicht über Wissenschaft und Rechtsprechung bei Lobe, Lpz. Kom. S. 31 ff. Vgl ferner Frank, Aufbau des Schuldbegriffs und Freudenthal, Schuld und Vorwurf 1922.
5) Wegener S. 54 ff.

2. Analogie im Strafrecht.

Streit herrscht indessen darüber, ob die gesetzliche Regelung der Rechtfertigungsgründe ergänzt werden darf und wie das zu geschehen hat.

Aus § 2 StGB folgt, daß die Analogie im Strafrecht jedenfalls ausgeschlossen ist, um neue, im Gesetz nicht enthaltene Deliktstatbestände zu schaffen. Doch geht die allgemeine Meinung dahin, daß im übrigen die Heranziehung ausdehnender Gesichtspunkte wie in allen anderen Rechtsgebieten auch im Strafrecht unentbehrlich sei, sodaß man insbesondere auch neue Strafbefreiungsgründe sowohl durch analoge Anwendung außerstrafrechtlicher Rechtssätze wie auch von unmittelbar aus dem Strafrecht gewonnener Rechtsgedanken finden könne[1]).

In der Frage nach der Art, in der die Lücken des Gesetzbuches zu ergänzen sind, hat sich eine als vorherrschend zu bezeichnende Meinung noch nicht gebildet.

Abzulehnen wird Dohnas Ansicht sein, daß das Schweigen des Gesetzbuchs in allen Fällen einen „Verweis auf die Praxis des richtigen Rechts bedeute"[2]). Stammler, dessen Schüler Dohna ist, verfährt viel vorsichtiger bei der Annahme wirklicher Lücken in der gesetzlichen Kodifikation[3]). Er versucht zunächst unter Zuhilfenahme von Analogie und Gewohnheitsrecht aus der Gesamtheit des in der Gesetzgebung erklärten gesetzgeberischen Willens solche (scheinbaren) Lücken zu schließen und verweist nur beim Fehlen jeglicher Anhaltspunkte auf die Praxis des sogenannten richtigen Rechts.

Man wird daher in analoger Anwendung eines Rechtsgedankens von einer Vorschrift des Gesetzes ausgehen müssen, in der dieser Gedanke zum Ausdruck gekommen ist, und wird diese Vorschrift über ihren Rahmen hinaus auf ähnlich gelagerte Fälle ausdehnen dürfen, soweit der ursprüngliche gesetzgeberische Zweck auch auf diese Fälle zutrifft[4]).

C. Die Fortbildung des Rechts durch Analogie im vorliegenden Fall.

Die vorliegende Arbeit will von zwei Ausgangspunkten aus das geltende Recht zur Begründung des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung fortentwickeln. Einmal werden sich aus der Stelle, an der sich der neue Rechtfertigungsgrund in das System der Unrechtausschließungsgründe einfügt, wichtige Anhaltspunkte ergeben, zum anderen aber sollen die in den gesetzlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsführung ohne Auftrag und den in der Strafrechtswissenschaft allgemein anerkannten Grundsätzen des Rechtsfertigungsgrundes der Einwilligung des Verletzten beschlossenen Gedanken weitergebildet und in ihrer Kombination die Grundlagen der mutmaßlichen Einwilligung gefunden werden.

I. Die Stellung der mutmaßlichen Einwilligung im System der Rechtfertigungsgründe.

Heinitz[5]) hat die bisherigen Versuche einer Systematisierung der Rechtfertigungsgründe gegeneinander abgewogen und ist mit Mezger

---

[1]) Zustimmend Binding in Handbuch I 214 ff. Grundriß S. 70; Lehrbuch I 21; Liszt S. 90; Lilienthal S. 12. Finger I, 183; Frank zu § 2 I,2; Meyer-Allfeld S. 74; Schwarz zu § 2 N. 4; Olshausen zu § 2 Anm. 4; Lobe in Lpz. Kom. S. 15; RG St zuletzt **56**, 168.

[2]) Wegener S. 54.

[3]) Stammler, R. Recht. S. 272 f. Auch nach Liszt unterschätzte Dohna die Kraft positiv-rechtlicher Satzung, vgl. Liszt S. 175 Anm. 6 und zur ganzen Frage S. 177 f.
Vgl. auch die Bestimmungen der Entwürfe: KE § 26, E 1919 § 20, E 1925 § 20, E. 1927 § 23.

[4]) Vgl. Lobe S. 124, Ziff. 7.

[5]) S. 116 ff. und Mezger S. 270 ff.

dahin gelangt, als beste Einteilung die sich zu eigen zu machen, die den Gedanken zu Grunde legt, daß alles Unrecht seinem materiellen Gehalt nach Interessenverletzung ist, und die demnach die Unrechtsausschließungsgründe nach den Prinzipien des „überwiegenden" und des „mangelnden" Interesses ordnet.

Wie oben bereits gesagt wurde, ist — das geht schon aus der Benennung hervor — die mutmaßliche Einwilligung ein mit der förmlichen Einwilligung des Verletzten, dem „klassischen Beispiel für den Unrechtsausschuß nach dem Grundsatz des mangelnden Interesses"[1]), nahe verwandter Rechtfertigungsgrund. Ferner hat die neuere Rechtswidrigkeitsforschung u. a. auch den Erfolg gezeitigt, daß man in den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht die Gewährung, wie noch Zitelmann und Ahrens glaubten, sondern einen Fall der Anwendung eines aus einem übergeordneten Rechtssatz fließenden Unrechtsausschließungsgrundes erkannte)[2]. Daß dieser Rechtfertigungsgrund zu dem Kreis der nach dem Prinzip des mangelnden Interesses orientierten Grundsätze gehören kann, bedarf keiner weiteren Begründung[3]).

Das Problem des Unrechtsausschlusses ist daher in derartigen Fällen durch die Heranziehung der Geschäftsführung nicht gelöst, sondern nur hinausgeschoben. Es berührt auf die Dauer geradezu merkwürdig, in den Abhandlungen über die Wirksamkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht einer fortwährenden Ablehnung des Begriffs der mutmaßliche Einwilligung hart neben der Lösung der Frage durch die Geschäftsführungsvorschriften zu begegnen, die doch selbst letzten Endes auf den „mutmaßlichen" (oder wirklichen) Willen des Geschäftsherrn abstellt[3]). Erst im organischen Zusammenhang mit den anderen Rechtfertigungsgründen des Einwilligungskreises kann der sachliche Grund klar werden, der die Geschäftsführungsfälle in strafrechtlicher Würdigung rechtmäßig erscheinen läßt[4]).

Da die Geschäftsführung nach der hier vorgetragenen Ansicht ein Unterfall der mutmaßlichen Einwilligung sein soll, wird man das zusammenhanglose Nebeneinander der Rechtfertigungsgründe des Einwilligungskreises so ordnen müssen, daß die mutmaßliche Einwilligung ein der förmlichen Einwilligung untergeordnetes Glied in der Kette der Rechtfertigungsgründe nach dem Grundsatz des mangelnden Interesses ist, und daß die Geschäftsführung ohne Auftrag wiederum dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung unterzuordnen ist.

2. Die Einwilligungsgrundlage der mutmaßlichen Einwilligung.

Ob die Gesamtheit der Einwilligungsfragen in der Wissenschaft auch heute noch immer so hoffnungslos umstritten ist, wie das Heinitz[5]) unter Beziehung auf Gerland[6]) sagen zu sollen glaubt, ist eine Frage, deren Beantwortung man im Hinblick auf den jetzigen Stand der Kontroverse doch wohl etwas zuversichtlicher halten dürfte. Aus der großen Anzahl von Schriften und Ansichten scheint allmählich eine große, zum Ziele führende Richtung erkennbar zu werden. Es ist das unbestreitbare Verdienst Honigs, hier Klarheit und Uebersicht geschaffen zu haben. Die Zusammenstellung, die Heinitz gibt und die sich durch weitere Nachweise aus Lehrbüchern und Kommentaren beliebig vergrößern ließe, bringt die im materiellen Teil der Streitfragen erzielte Einigung zum Ausdruck[7]).

---

1) Mezger S. 270.
2) Mezger S. 294.
3) Mit Ausnahme von § 679!
4) Vgl. Liszt S. 175, Anm. 12.
5) S. 42.
6) VDA II S. 508
7) S. 43 ff. vgl. a. Liszt § 35, Anm. 12; Meyer-Allfeld S. 141; Frank S. 133; Ebermayer S. 16 f; Gerland S. 121; Wachenfeld S. 134; M. E. Mayer S. 290; Sauer S. 335.

Denn wenn auch noch der Kampf zwischen Willensrichtungs- und Willenserklärungstheorie nicht entschieden ist, oder wenn darüber gestritten wird, ob eine gesetzliche Regelung des Einwilligungsproblems möglich und tunlich sei, und ob es durch einen einzigen Rechtssatz im allgemeinen lösbar sei, und ob man also von der unterschiedlichen Natur der Schutzobjekte und der aus ihr folgenden verschiedenen Auffassung des Gesetzgebers von der Tragweite der Strafdrohung absehen dürfe oder nicht, so steht doch jedenfalls das eine fest, daß die Einwilligung des Verletzten deshalb ein tatbestandsmäßiges Verhalten rechtfertigt, weil die staatliche Rechtsordnung mit ihrer ganzen Macht nicht ein Interesse zu schützen und zu erhalten suchen kann, das nach dem ausdrücklichen, erklärten Willen des alleinigen Inhabers, des Berechtigten gar nicht vorhanden ist, und daß es dieser Gesichtspunkt des Interesses, des Schutzobjekts ist, von dem aus allein eine sinngemäße Lösung des Problems möglich ist[1])

Die nächste Frage ist nun die, ob das „geschützte Interesse" in concreto ausschließlich durch eine ausdrückliche Erklärung des Berechtigten außer Wirksamkeit gesetzt werden kann (eben die direkte Einwilligung), oder ob nicht auch aus anderen Gründen ein Schutz des vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannten Zwecks vermöge veränderter Umstände, anderer Umstände als den gewöhnlichen, überflüssig oder sogar widersinnig erscheinen muß.

Wir sind damit auf den alten Gegensatz von Willenserklärungs- und Willensrichtungstheorie gestoßen. Für die Lösung unserer Frage im Anschluß an die Einwilligungslehre ist der Streit insofern von Bedeutung, als zu untersuchen sein wird, ob die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in der durch die Einwilligungserklärung zum Ausdruck gekommenen Willensrichtung des Verletzten allein beschlossen liegt, oder ob die Tatsache der Erklärung als Voraussetzung für den Unrechtsausschluß nötig ist, weil „das Recht als Regelung des Gemeinschaftslebens sich nur an den in der Außenwelt verwirklichten Willen der Gemeinschaftsglieder halten kann"[2]). Diesem allgemeinen Gesichtspunkt gegenüber betont die Willensrichtungstheorie, daß die konkrete Beziehung des Rechtssubjekts zum Rechtsgut, daß das „Interesse durch die Willensrichtung des Interessenträgers geschaffen" und ebenso durch dessen Willensrichtung außer Wirksamkeit gesetzt wird[3]). Lehnt man diese Ansicht ab, so ist jede Möglichkeit ausgeschlossen, die mutmaßliche Einwilligung auf rechtlich — konstruktivem Wege als geltendes Recht nachzuweisen, da sie ja gerade die Einwilligungsfälle umfaßt, in denen es an einem erklärten Willen mangelt.

Für die Schriftsteller, die sich bisher mit dieser Frage befaßt haben, handelte es sich stets darum, den Kreis der Einwilligungsfälle abschließend zu bestimmen, wobei naturgemäß die hier angeschnittene Frage nur mittelbar Gegenstand der Untersuchung war. So haben denn auch — und das scheint Mezger in gewissem Umfang bei seiner scharfsinnigen Widerlegung der Willenserklärungstheorie übersehen zu haben — die Verfechter dieser Theorie[4]) eigentlich nie direkt behauptet, daß die unrechtausschließende Kraft der Einwilligung des Verletzten in dem Zusammentreffen von Wille und Erklärung dieses Willens begründet sei, sondern

---

[1]) Vgl. zum Begriff des Schutzobjekts Honig S. 83 ff., über den des rechtlich geschützten Interesses ebenda S. 60 ff.

[2]) Honig S. 139.

[3]) Mezger S. 278.

[4]) Zum Streit der beiden Theorieen vgl. neben Honig S. 139, 145 f; Mezger S. 277 f und Liszt S. 204 als Vertreter der Willensrichtungstheorie Binding, Handb. I, S. 715; Heilborn VDB III 176; Holer S. 72, Mezger a. a. O. und v. Weber S. 49 — für die Erklärungstheorie Keßler S. 26 ff; 99; G. S. 38, 566 ff; Gerland VDA II, 490 ff; Köhler S. 401; Traeger G. S. 94, 135 f. und Honig a. a. O.

sie haben vielmehr das sagen wollen, daß da keine Einwilligung des Verletzten mehr vorliege, wo der Wille des Interessenträgers keinen (auch nur in konkludentem Verhalten erkennbaren) Ausdruck gefunden habe. Die förmliche Einwilligung des Verletzten muß „erklärt" werden, muß irgendwie zum Ausdruck gebracht worden sein, sonst ist sie nicht erteilt und nicht nachweisbar. Man darf aber die „Rechtsfrage nicht mit der Beweisfrage"[1]) verwechseln. Auch bei der tatsächlichen Einwilligung liegt der Rechtsgrund ihrer Wirksamkeit allein im Willen des Verletzten; für diese Wirkung ist die Tatsache der Erklärung dieses Willens ohne Bedeutung. Die vom Gesetzgeber an die Verwirklichung eines abstrakten Tatbestandes geknüpfte Unrechtsvermutung beruht auf der Erfahrung, daß unter normalen Umständen der Wille des Interessenträgers auf die Erhaltung seines Rechtsgutes gerichtet ist, dessen Schutz Rechtsordnung und Staat im Interesse der sozialen Gemeinschaft gewährleisten.

Wenn Honig auch den allgemeinen Satz zur Unterstützung seiner Erklärungstheorie heranzieht, daß „nudae cognitiones" in der Rechtswelt irrelevant seien, begeht er damit offensichtlich einen logischen Fehler. Es ist selbstverständlich, daß bloße gedankliche Vorgänge, die in der Umwelt nirgends hervorgetreten sind, nicht im Stande sein können, etwa den Ablauf einer Kausalreihe zu vermitteln oder zu beeinflussen. Gedanken sind straffrei — gewiß, aber daß sie deshalb überhaupt ohne Einfluß auf die Rechtswelt sein sollen, kann damit nicht begründet werden[2]).

Lediglich von der rein äußerlichen Tatsache, daß eine vorhandene Willensrichtung praktisch erkennbar und nachweisbar wird, kann es nicht abhängig sein, daß die Handlung des Täters rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Das Interesse, das die Rechtsordnung im einzelnen Fall schützen will, besteht in der persönlichen Beziehung des Interessenträgers zum Rechtsgut[3]), in dem Grad der Wertung, die der Berechtigte seinem Rechtsgut beilegt. Fällt dieses Interesse weg, will der Interessenträger nicht mehr den Schutz des Rechts, dann kann der Staat auch nicht mehr eine Verletzung dieses Rechtsguts strafend ahnden. Es ist dabei uner-

---

Die Kritik, die Honig an den von Binding zum Nachweis der Richtigkeit seiner Ansicht gegebenen Beispielen übt, ist zum Teil berechtigt. Aus der Tatsache indessen, daß diese Tatbestände auch zum Belege für die Erklärungstheorie herangezogen worden sind, ergibt sich ihr geringer praktischer Wert. Aus dem Umstand, daß der Verletzte das Verhalten des Täters duldet, kann mit Sicherheit nicht einmal geschlossen werden, daß der Wille des Verletzten auf eine Preisgabe seiner Belange gerichtet sei. Im übrigen krankt das Bindingsche Beispiel, in dem der Hausherr einen müden Armen auf seiner Treppe schlafen läßt und damit seine Einwilligung in den Hausfriedensbruch zu erkennen gibt, offenbar daran, daß der Hausfriedensbruch entweder schon mit dem Eindringen vollendet ist und die Einwilligung als nach der Begehung erteilt für die Frage der Rechtswidrigkeit unerheblich bleiben müßte, oder daß schon der Tatbestand eine Aufforderung zur Entfernung verlangt, die im vorliegenden Fall fehlt.

1) Mezger S. 278.

2) Vgl. hierzu vor allem die treffenden Ausführungen bei v. Weber a. a. O.
Binding hat allerdings auch die Kausalität der Unterlassung von einem rein psychischen Akt abhängig machen wollen, vgl. Normen II, 224 ff und die übrigen Vertreter der sog. Interferenztheorien: v. Buri G. S. 21, 199 ff; Ortmann, Holtzendorffs Strafrechtsztg. 1873, S. 465; Hälschner I 237 ff und ihre Widerlegung durch Traeger, Problem d. U. S. 54 ff.

3) Vgl. Wolff S. 168 Anm. 3: Rechtsgut = Zustand, rechtliches Interesse = objektiv gedachtes Lustgefühl daran.

heblich, ob der Verletzte ausdrücklich in den Eingriff in seinen Rechtskreis einwilligt, oder ob anderweit die Feststellung zuverlässig zu treffen ist, daß es ihm gleichgültig ist, was mit dem Handlungsobjekt geschieht, an dem er kein Interesse mehr hat.

Es hat also dabei zu verbleiben, daß für die Frage, ob das Interesse des Verletzten noch von der Rechtsordnung geschützt werden soll oder nicht, allein der Wille des Verletzten entscheidend ist. Die Interessenpreisgabe kann sich vollziehen, ohne nach außen irgendwie in Erscheinung zu treten (Liszt). Wie diese Willensrichtung als rein seelischer Vorgang allerdings im einzelnen Fall nachweisbar ist, ist eine andere Frage, die jedoch die dogmatische Richtigkeit der hier verfochtenen Ansicht nicht zu beeinflussen vermag.

Als Rechtfertigungsgründe nach dem Prinzip des mangelnden Interesses müssen tatsächliche Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung die gemeinsame Grundlage haben, daß ein Handeln im Bereich beider Unrechtsausschließungsgründe rechtmäßig ist, wenn und weil bei objektiver Betrachtung das Interesse des Verletzten an der Erhaltung des Handlungsobjekts fehlt.

Die objektive Feststellung des mangelnden Interesses ist für die Einwilligungsfälle verhältnismäßig einfach, da der Betroffene irgendwie zum Ausdruck gebracht haben muß, daß er in den tatbestandsmäßigen Eingriff in seinen Rechtskreis willige. Bei der mutmaßlichen Einwilligung dagegen begegnet diese Feststellung erheblichen Schwierigkeiten, da hier eben jede unmittelbare Äußerung des Verletzten fehlt.

Ob dieser Mangel, daß objektiv die Stellung des Interessenträgers zur Sachlage nicht feststeht, geheilt werden kann, ist eine Frage, auf die das Gesetz unmittelbar keine Antwort gibt. Hier ist die Lücke, die der Ausfüllung harrt, und an dieser Stelle soll die Geschäftsführung ohne Auftrag helfend eingreifen.

3. Die Geschäftsführungsgrundlage der mutmaßlichen Einwilligung.

Die Besinnung auf den materiellen Gehalt der Strafrechtssätze hat — ohne daß das Gesetz diesen Rechtfertigungsgrund nennt — zur Anerkennung der unrechtausschließenden Kraft der Einwilligung des Verletzten geführt. Derselbe gedankliche Vorgang wird auch die Nachweisbarkeit der mutmaßlichen Einwilligung möglich machen, zumal die Rechtsordnung einen ähnlich gelagerten Fall kennt und geregelt hat.

Unter bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen anerkennt nämlich das geltende Recht bei einer bestimmten subjektiven Einstellung des Handelnden eine allen sonstigen Regeln von der Unantastbarkeit der sogenannten staatsfreien Sphäre des Individuums zuwiderlaufende Möglichkeit, in einen fremden Rechtskreis einzugreifen.

Es sind dies die Bestimmungen der §§ 677 ff. BGB. über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Ihre Vorschriften zeigen, wie und unter welchen Umständen die persönlichen Beziehungen des Interessenträgers — des Geschäftsherren — zu den seinem Rechtskreis angehörigen Handlungsobjekten auch ohne seine ausdrückliche Willenserklärung allein aus der äußeren, dem Täter erkennbaren Sachlage ermittelt werden können. Diese gesetzlich anerkannte Möglichkeit, die Interessenlage und damit den mutmaßlichen Willen des Verletzten der sich gewöhnlich mit dem wirklichen Willen deckt, ohne eine „Erklärung“ des Betroffenen feststellen zu können, läßt es zu, daß man auch im Strafrecht sich diesen Weg zu eigen macht um eine Lücke des Gesetzes im Geist der gesamten Rechtsordnung auszufüllen. Diese Analogie ist zulässig, denn sie hält sich innerhalb des Rahmens jenes weitreichenden Rechtsgrundsatzes, daß eine Handlung, die der Erhaltung eines Rechtsguts dient, nicht zugleich der Norm widerstreiten kann, die dieses Rechtsgut zu schützen bestimmt ist[1]).

---

[1]) Löffler VDB V, 246 ff.

Die Voraussetzungen, unter denen ein Handeln als Geschäftsführung ohne Auftrag rechtmäßig ist, sind zweierlei Art. Sie teilen sich in die objektiven der auftraglosen Besorgung fremder Geschäfte im Interesse des Geschäftsherrn[1]) und in solche subjektiver Art, den Willen des Geschäftsführers, im Interesse des Geschäftsherrn das fremde Geschäft zu führen (animus aliena negotia gerendi). Mit anderen Worten: Es muß einmal ein Tatbestand vorliegen, der dem Gestor eine sachlich und objektiv begründete Möglichkeit gibt, seinen Willen zu bestimmen und einen, wenn auch nur wahrscheinlich richtigen Schluß auf die Willensrichtung des Geschäftsherrn zu ziehen, und zum anderen subjektiv ein „Geschäftsführungswille", dessen Berechtigung sich im einzelnen Fall aus dem objektiven Tatbestand ergibt und der dahin geht, auf dem Wege über den formell verbotenen Eingriff in den fremden Rechtskreis materiell die Belange des Geschäftsherrn zu fördern.

An dieser Stelle ist es nötig, einen noch recht umstrittenen Begriff der Rechtswidrigkeitslehre in großen Zügen zu erläutern, nämlich den Begriff der sogenannten subjektiven Unrechtselemente.

Dies Ergebnis darf man wohl für den heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit als im großen und ganzen anerkannt bezeichnen[2]), daß Recht objektive Lebensordnung, bindende Abgrenzung der menschlichen Machtgebiete ist und daß demgemäß objektiv rechtswidrig solche Handlungen sind, die die vom Recht gesetzten Schranken der Machtgebiete überschreiten und also einen Eingriff in die rechtlich geschützte Machtsphäre anderer bezw. der Gesamtheit darstellen[3]).

Wenn daher auch die Rechtswidrigkeit sich grundsätzlich objektiv bestimmt, hat man doch erkannt, auch wenn man als Unrecht ein äußeres, die vom Recht geschützten Belange anderer verletzendes Verhalten bezeichnet, daß es nicht immer nur ein äußeres Verhalten ist, das eine solche Interessenverletzung bedeuten kann[4]). Hierher gehören z. B. die sogenannten Delikte mit überschießender Innentendenz (§§ 242, 263 StGB.), denn der rein objektive Tatbestand bildet hier noch nicht eine Vertypung der Rechtswidrigkeit. „Rechtswidrig ist nicht schon die Wegnahme allein, nicht allein schon die Vermögensbeschädigung, mittels Täuschung, sondern sie werden es erst unter Hinzunahme des subjektiven Merkmals der Absicht des Täters"[5]). Die Widerrechtlichkeit einer Handlung kann nach M. E. Mayer nicht immer ohne Berücksichtigung der Zwecke des Täters bestimmt werden; es ist möglich, daß ein und dasselbe äußere Verhalten im Hinblick auf die Zwecke des Täters rechtmäßig oder rechtswidrig sein kann[6]). Schuldhaft ist eine Handlung, wenn sie aus tadelnswerten Motiven entstanden ist — aber Zweck und Motive sind keinesfalls identisch. Ohne befürchten zu müssen, die Grenzen von Unrecht und Schuld verwischten sich, kann man deshalb unter Umständen die Zwecke des Täters als relevant zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit heranziehen, denn sowenig der Zweck mit dem Motiv identisch ist, sowenig ist das subjektive Element der Rechtswidrigkeit ein Schuldmerkmal[7]).

---

1) Löffler a. a. O. ferner Dohna Recht und Irrtum S. 13; Finger S. 103; Hartmann, Die öffentlich-rechtliche negotiorum gestio in Recht 14, 222 ff.

2) Anderer Ansicht die Anhänger der subjektivistischen Unrechtslehre, die man aber keinesfalls als die herrschende Ansicht bezeichnen kann.

3) v. Hippel Strafrecht S. 26.

4) M. E. Mayer S. 10 ff, 185 ff; Hegler Z Str W 36, S. 28 ff. Sauer S. 343 ff.

5) Sauer S. 344.

6) Vgl. Dohna G. S. 65, 311; weitere Beispiele bei M. E. Mayer a. a. O.

7) Stellen aus M. E. Mayer S. 106, 187.

Das mag genügen, um hier die grundlegenden Gedanken dieser Lehre zu belegen und um zu zeigen, daß die übliche Aufteilung, die alle objektiven Merkmale eines Verbrechens unterschiedslos als Bestandteile der Rechtswidrigkeit behandelt und alle subjektiven Elemente der Schuldseite zuweist, zum mindesten wankend geworden ist.

Daß der Geschäftsführungswille ein solches die objektiv indizierte Rechtswidrigkeit ausschließendes subjektives Rechtfertigungselement ist, ergibt sich im übrigen auch aus dem § 687 Abs. 2 BGB., der die sogenannte unechte Geschäftsführung behandelt. Der (objektive) Tatbestand ist hier derselbe wie in den anderen Geschäftsführungsfällen — Besorgung eines fremden Geschäfts ohne Auftrag. — Diese Geschäftsführung wird aber unecht und rechtswidrig, weil der Gestor das fremde Geschäft nicht mit dem Geschäftsführungswillen besorgt, sondern es trotz besseren Wissens als ein eigenes behandelt[1]).

Dieser Schluß aus den Geschäftsführungsvorschriften wird durch die Dogmatik bestätigt. „Die Rechtsordnung kann, wenn sie so schwerwiegende Befugnisse wie die des § 679 BGB. (und auch der übrigen Geschäftsführungsfälle) einräumt, die psychische Gewähr des guten Willens auf Seiten des Handelnden nicht entbehren". Diese Vorschriften sind, wie Mezger[2]) weiter sagt, nur für den Vertrauenswürdigen geschaffen, und vertrauenswürdig ist nur der, der auch subjektiv durch seinen Geschäftsführungswillen dieses Vertrauen verdient. Nur treue Diener des Rechts dürfen ohne Zustimmung des Berechtigten in dessen Rechtskreis eingreifen.

Den gesetzlichen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zufolge ist das subjektive Rechtfertigungselement des Geschäftsführungswillens unentbehrlich — das bürgerliche Recht fordert, daß der Geschäftsführer mit Wissen und Willen das fremde Geschäft besorgt, der animus aliena negotia gerendi ist die notwendige Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes. Denn die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag greifen kraft ausdrücklicher Bestimmung nicht Platz, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, es sei sein eigenes (§ 687 Abs. 1 BGB.), oder wenn dem Gestor der Geschäftsführungswille aus anderen Gründen fehlt (§ 685 Abs. 1, § 687 Abs. 2.).

Das Sauersche rein objektive Prinzip muß daher für die Fälle der mutmaßlichen Einwilligung abgelehnt werden. Auch die vermittelnde Lösung, die Mezger gibt[3]), entspricht nicht der hier entwickelten Ansicht, soweit sie auch den mutwilligen Täter des Dohnaschen Beispiels straffrei lassen will.

Auch in voller Anerkennung des Grundsatzes, daß man das formelle Recht nicht über das materielle stellen soll[4]), erscheint es in solchen Fällen nicht angängig, die Rechtswidrigkeit einer Tat auszuschließen, die objektiv und subjektiv einen strafgesetzlichen Tatbestand erfüllt, und die Bestrafung des Täters allein mit Rücksicht auf den guten Erfolg nicht eintreten zu lassen, den der Täter bei Begehung seiner Tat nicht gewollt hat und auch nicht im entferntesten ahnen konnte.

Jedenfalls muß hier, wo eine Weiterführung des Einwilligungsgedankens durch die Verschmelzung mit den Geschäftsführungsgrundsätzen versucht werden soll, diese Lösung abgelehnt werden, weil sie eine der notwendigen Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag, den Geschäftsführungswillen, außer Acht läßt.

---

1) Vgl. H. A. Fischer S. 281 ff, 288, 289;
2) S. 296,
3) s. obem. S. 25.
4) Beling L. v. V. S. 180.

Zur weiteren Begründung des hier vertretenen Standpunkts sei noch folgendes ausgeführt:

Bei der förmlichen Einwilligung hat der Verletzte durch seine Willenserklärung das Handlungsobjekt gewissermaßen aus seinem Rechtskreis entfernt, hat es „derelinquiert". Es fehlt daher von diesem Augenblick an eine wesentliche Voraussetzung zur Anwendung des Strafgesetzes, denn — gleich was nun mit dem Handlungsobjekt geschieht — eine Verletzung ist nicht mehr möglich, da es kein Schutzobjekt mehr ist. Daher handelt auch der Täter nicht rechtswidrig, der sich ohne Kenntnis von der Einwilligung an diesem aus dem Interessenkreis des Betroffenen „entfernten" Gut vergreift. Das ist nur eine Konsequenz der Einwilligungslehre.

Bei den Tatbeständen der mutmaßlichen Einwilligung ist aber diese Interessenpreisgabe vor dem Eingreifen des Täters nicht erfolgt. Nur dem Täter kann es als wahrscheinlich erscheinen, daß sie erfolgt wäre, wenn der Verletzte Kenntnis von der Sachlage gehabt hätte, der die Umstände kennt und die Interessenlage richtig abzuwägen weiß.

Dieser Willensvorgang in der Person des Handelnden ist der Geschäftsführung ohne Auftrag wesentlich und kann auch für die mutmaßliche Einwilligung nach der hier vertretenen Ansicht nicht entbehrt werden. Er erst gibt dem Täter die Befugnis, in den fremden Rechtskreis einzugreifen.

Das ist ein grundlegender Unterschied zwischen mutmaßliche Einwilligung und wirklicher Einwilligung.

Aber auch weiterhin bestehen erhebliche Bedenken, gegen die Sauersche und Mezgersche Auffassung von der mutmaßlichen Einwilligung.

Das Strafgesetz fragt nicht danach, ob im einzelnen Fall ein tatbestandsgemäßes Verhalten dem Staate mehr nützt als schadet. Es greift in seinem Tatbestand aus dem unentwirrbaren Durcheinanderlaufen der Kausalreihen eine genau bestimmte Geschehensfolge (Handlung und Erfolg) heraus, bei deren konkreter Verwirklichung die Rechtswidrigkeit zu vermuten ist und unter der Voraussetzung, daß die Handlung schuldhaft geschah und der Erfolg zurechenbar war, die Strafdrohung Platz greift.

Bei der im Dohnaschen Beispiel tatbestandsmäßig vorliegenden Sachbeschädigung ist der Tatbestand mit dem Eintritt des Erfolgs, der Beschädigung der fremden Sache, vollendet. Welchen weiteren Verlauf die mit diesem Erfolg als neuer Ursache beginnende Kausalreihe nimmt, ist für das Gesetz belanglos. Eine Berücksichtigung solcher weiterliegenden Erfolge scheint das Gesetz nicht zu fordern, wie es auch im allgemeinen vom Richter keine Prüfung der ihm zur Beurteilung vorliegenden Straftaten auf ihren antisozialen Charakter und ihre Interessenwidrigkeit verlangt. Eine solche Verfahrensweise würde nach Radbruch „die antipositivistische Willkür des Naturrechtzeitalters von neuem heraufführen"[1]) und die gerade im Strafrecht besonders wichtige Rechtssicherheit gefährden.

Mit dem Betonen der Geschäftsführungsgrundlage der mutmaßlichen Einwilligung trennt man auch zugleich ihre Fälle von denen einer erwarteten nachträglichen Genehmigung des Verletzten, die als privater Willensakt das mit der Tat entstandene Unrecht und den daraus erwachsenen staatlichen Strafanspruch nicht beseitigen kann.

Aus der bürgerlich-rechtlichen Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag ist auch schließlich der Grund erkennbar, aus dem der Schluß, den der Täter aus einer bestimmten Sachlage auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn pflichtgemäß zu ziehen befugt ist, rechtfertigende

---

[1]) Rechtsphilosophie S. 170; vgl. a. Rittler S. 470 f; Nagler S. 79; Heimberger S. 16.

Kraft besitzt. Die vom Gesetz statuierte Gleichsetzung des vom Handelnden bei pflichtgemäßer Beurteilung der Tatumstände gezogenen Schlusses auf die voraussichtliche Willensrichtung des „Verletzten" mit dessen wirklicher Willensrichtung beruht auf der Erfahrung, daß bei einer Interessenlage, die dem treuen Diener des Rechts zu einem Handeln im eigensten Interesse des Verletzten veranlaßt, der Interessenträger regelmäßig keinen Wert mehr auf die Erhaltung dieses für ihn unter solchen Umständen — von einem objektiven Standpunkt aus beurteilt — belanglosen Rechtsguts legen wird.

Ahrens hat der Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung vorgeworfen, sie fingiere eine Einwilligung des Verletzten[1]), da sie den nach den Umständen verständigerweise vorauszusetzenden normativen Willen dem wirklichen Willen des Verletzten gleichsetze. Der Vorwurf ist unbegründet. Der kraft mutmaßlicher Einwilligung Handelnde soll und kann den wirklichen Willen des Betroffenen aus den gegebenen Umständen ergründen. „Daß ein solches Urteil immer nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gefällt werden kann, ändert an seiner Möglichkeit nichts; keines unserer Urteile über Tatsachen trägt anderen als Wahrscheinlichkeitscharakter"[2]). Und überdies ist ja diese Möglichkeit und ihr Wirksamkeit durch die Geschäftsführungsvorschriften gesetzlich anerkannt.

Fingiert wird nichts — das Gesetz selbst vermutet bei einer bestimmten Sachlage eine entsprechende innere, der Wertlosigkeit der normalerweise wertvollen (und daher schutzwürdige Handlungsobjekte bildenden) Belange Rechnung tragende Willensrichtung des Betroffenen und gestattet dem Handelnden, sich diese Vermutung zu eigen zu machen.

Denn die Möglichkeit, daß sich der sorgfältige Gestor irrt oder der Dominus aus irgendwelchen, dem Handelnden im Augenblick der Tat unerfindlichen Gründen seinen Willen anders bestimmt und seine Interessen auf andere Weise gewahrt wissen will, ist erfahrungsgemäß so verschwindend gering, daß sie in Anbetracht der gesetzgeberischen Notwendigkeit, die Menschenhilfe allgemein zu fördern, unberücksichtigt bleiben kann. Denn auch das Gesetz will nicht in allzu engherzigem Haften an dem Grundsatz der Unverletzlichkeit der Privatrechtssphäre dem treuen Diener des Rechts ein Handeln auf eigene Gefahr da auferlegen, wo er sich in berechtigtem guten Willen zur Uebernahme der Geschäftsführung entschlossen hat.[3]) Deshalb wird man dem Sinn des Gesetzes entsprechend alle die Fälle für rechtmäßig halten dürfen, in denen der Handelnde aus dem äußeren Sachverhalt und aus der Tatsache, daß sein Tun den Belangen des Verletzten diente, mit gutem Grund eine entsprechende Willensrichtung des Geschäftsherrn mutmaßen durfte, ohne Rücksicht auf die wenigen Ausnahme-Fälle, in denen dieser Schluß sich als ein Fehlschluß herausstellt[4]).

Das ergibt sich aus der Bestimmung des § 678 BGB. Denn hier hat der Gesetzgeber auf Grund der Lebenserfahrung kein Bedenken getragen, auch dann das Verhalten des Gestors als rechtmäßig zu behandeln, wenn er auch dem wirklichen Willen des Betroffenen nicht gerecht wurde, aber doch nach pflichtgemäßem Ermessen handelte[5]), und hat nur da eine Haftung eintreten lassen, wo dem Täter ein Verstoß gegen seine Sorgfaltspflicht zur Last fällt.

Traeger meint allerdings[6]), daß der Grundsatz der Berücksichtigung des wirklichen Willens in der praktischen Anwendung regelmäßig durch

[1]) Ahrens S. 60 ff.
[2]) Mezger S. 289.
[3]) Vgl. v. Weber S. 52.
[4]) Zustimmend Traeger S. 161 gegen Hegler Z Str W **36**, 42
[5]) Ebenso Zitelmann S. 105 f; v. Weber S. 52 und Traeger a. a. O. A. M. H. A. Fischer S. 287 f. unter Bezugnahme auf Endemann, BR I S. 1122 Note 20 und Hegler a. a. O.
[6]) Traeger G. S. **94**, 159 ff.

sein Surrogat, den im wohlverstandenen Interesse liegenden, vernünftigerweise vorauszusetzenden Willen ersetzt werden müßte, sodaß tatsächlich doch das objektive Interesse an Stelle des subjektiven wirklichen Interesses in den Vordergrund gerückt würde. Doch dürfte diese Anschauung den Erfahrungstatsachen nicht entsprechen, nach denen sich in der weit überwiegenden Mehrheit der Fälle mutmaßlicher und wirklicher Wille decken.

In der Uebertragung dieser gesetzlichen Vermutung auf das Gebiet des Strafrechts liegt die Lösung des Problems der mutmaßlichen Einwilligung. Die allgemeinen Rechtsgedanken, die in der gesetzlichen Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ausdruck gekommen sind, machen es möglich, auch im Bereich des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung des Verletzten unter bestimmten äußeren Voraussetzungen auf eine nur latent vorhandene Willensrichtung des Verletzten zu schließen und diese mutmaßliche Willensrichtung der wirklichen gleichzusetzen. Die Berechtigung einer solchen Analogie ergibt sich aus der für beide Rechtsgebiete gleichen ratio legis, die Menschenhilfe zu fördern, und aus der rechtlichen Unmöglichkeit, in einem Verhalten, das nach bürgerlich-rechtlicher Auffassung rechtmäßig ist, die Verwirklichung eines Tatbestandes zu sehen, an den das Strafgesetz mangels einer besonderen Widerlegung die Rechtswidrigkeitsvermutung und beim Vorhandensein der Schuldelemente auch die Strafdrohung knüpft.

Die formelle, schematische Uebertragung des „Rechtfertigungsgrundes" der Geschäftsführung ohne Auftrag auf das Strafrecht mußte zwar in Uebereinstimmung mit der überwiegenden Meinung der Wissenschaft abgelehnt werden, doch muß sich auch das Strafrecht den materiellen Gehalt dieser Rechtssätze aneignen, denn es kann nicht die Tatsache übergehen, daß ein solches Verhalten durch die Rechtssätze eines anderen Rechtsgebietes für gerechtfertigt erklärt wird[1]).

---

[1]) Zustimmend Traeger S. 166.

IV.

Die Anwendung der Grundsätze.

Der vorhergehende Abschnitt hat den Nachweis erbracht, daß die Rechtfertigung durch die mutmaßliche Einwilligung als eine Weiterbildung des Einwilligungsgedankens an Hand der Geschäftsführungsgrundsätze theoretisch möglich und im geltenden Recht begründet ist.

Jedoch bereitet die Anwendung der aus der gesetzlichen Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag als eines der Auslegung fähigen Einzelfalls der Rechtfertigung nach dem Prinzip des mangelnden Interesses abgeleiteten Grundzüge insofern gewisse Schwierigkeiten, als es sich bei den Tatbeständen der in den Bereich der mutmaßlichen Einwilligung gehörenden Fälle stets um Grenzfälle zwischen Recht und Unrecht handelt, bei denen die Entscheidung in hohem Maße von der Ausgestaltung des einzelnen Falls abhängig ist.

Die Arbeit wird sich daher vielfach darauf beschränken müssen, an Hand der generellen Grundzüge Hinweise für die Entscheidung der einzelnen Fälle zu geben. Es wird stets darauf ankommen, jeweils in richtiger Würdigung des materiellen Rechtswidrigkeitsgehaltes die rechte Grenze zu finden, einerseits unberechtigte Eingriffe in fremde Rechtskreise zu verurteilen, andererseits aber die „so fördernswerte Menschenhilfe" zu unterstützen und den, der mit guten, auch objektiver Beurteilung standhaltenden Gründen sich im Rahmen des Erlaubten zu halten bemühte, durch verständnisvolle Auslegung des Rechts und des Gesetzes zu schützen.

A. Die erste Fallgruppe.

Daß wir die allgemeinen Grundsätze der Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung aus dem bürgerlich-rechtlichen Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag hergeleitet haben und daß wir auch jetzt wieder bis ins einzelne diese Fälle der mutmaßlichen Einwilligung zum Gegenstand unserer Untersuchungen machen, rechtfertigt sich durch die Tatsache, daß diese Tatbestände für die Praxis am bedeutsamsten sind, da sie verhältnismäßig häufig vorkommen.

Zuvor sollen jedoch zwei Kategorien von Tatbeständen aus dem Gebiet der Körperverletzung ausgeschieden werden, die man früher vorzüglich unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung beurteilte, die man aber nach dem heutigen Stand von Wissenschaft und Rechtsprechung nicht mehr als Fälle der mutmaßlichen Einwilligung ansehen kann.

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs, aus der sich der Begriff des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung auf dem Umweg über Rechtsgeschäfts- und Geschäftsführungstheorie entwickelt hat, bedarf nicht mehr der Erörterung. Die Unzulänglichkeiten, die die Lösung der Frage nach Einwilligungsgrundsätzen mit sich brachte, hat viel dazu beigetragen, einer anderen Auffassung zum — berechtigten — Siege zu verhelfen, daß nämlich die der Uebung eines gewissenhaften Arztes entsprechenden Eingriffe und Behandlungen keine tatbestandsmäßigen Körperverletzungen sein könnten, da es „ein Widerspruch in sich selbst sei, eine zu Heilzwecken unternommene Behandlung als Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung anzusehen"[1]).

Eine Vorschrift über das Züchtigungsrecht hat der Entwurf, der in dieser und allen anderen Fragen aus dem Streit der wissenschaftlichen Meinungen gewissermaßen die Quintessenz gezogen hat, nicht aufgenommen, da es nicht Aufgabe des StGB. sei, die Zweifel der Frage,

---

[1]) Vgl. E. 1927 § 263 und Begründung zum 18. Abschnitt und zu § 263 im besonderen. Ferner Liszt S. 201, Anm. 6; Honig S. 123 f; Hippel Z Str. W. 42, 423 f; Traeger S. 169.

wem ein Züchtigungsrecht zustehe, zu lösen. Dagegen entspricht es durchaus der herrschenden Meinung, daß die früher so beliebte, besonders auch in der Rechtsprechung vielfach gebrauchte Lösung durch die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht sinngemäß sei. An eine Einwilligung des Jugendlichen selbst als des Verletzten oder des Erziehungsberechtigten, des gesetzlichen Vertreters ist in diesen Fällen nicht zu denken. Für den Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung nennt Geider[1]) eine stattliche Anzahl von Autoren und Entscheidungen der hohen Gerichte. Für die hier vertretene Ansicht von der mutmaßlichen Einwilligung, die den wirklichen Willen des Interessenträgers soweit wie irgend möglich zu Grunde zu legen hat, sprechen gegen diesen Lösungsversuch dieselben Bedenken wie gegen die tatsächliche Einwilligung, daß nämlich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Erziehungsberechtigte nicht in die Züchtigung seiner Kinder durch Fremde einwilligen wird, obwohl man verständigerweise seine Einwilligung vermuten sollte.

Die beste Lösung ist wohl die im Anschluß an den in § 679 BGB. zu gesetzlicher Anerkennung gelangten Grundsatz, daß bei überwiegendem öffentlichen Interesse, und ein solches wird man im allgemeinen bei den Fällen dringend notwendiger Züchtigung ungezogener Jugendlicher ohne Bedenken annehmen dürfen[2]), der mutmaßliche Wille des „Geschäftsherren" vom Täter unberücksichtigt bleiben kann.

So haben denn auch diese Fälle für eine Darstellung der Lehre von der mutmaßlichen Einwilligung von vornherein auszuscheiden.

Aber auch ohne diese Fälle bleibt noch ein weites Feld für die Anwendung der Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung — man denke an die zahlreichen übrigen im Schrifttum enthaltenen Beispiele, die eine Rechtfertigung derartigen Verhaltens aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag beweisen sollten[3]).

Die erste unserer Fallgruppen der mutmaßlichen Einwilligung deckt sich im wesentlichen mit den Fällen, die man seither fälschlich aus den Gesichtspunkten der Geschäftsführung ohne Auftrag, des Handelns im Interesse des Verletzten und anderen mehr zu lösen gedacht hatte. Sie scheiden sich von den anderen Anwendungsmöglichkeiten der mutmaßlichen Einwilligung dadurch, daß hier der Täter in den Rechtskreis des Verletzten eingreift, um ausschließlich dessen Belangen zu dienen (aliena negotia gerendi).

Daß die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag entwickelten Grundsätze auch ohne Anlehnung an zivilistische Gedankengänge, insbesondere auch ohne den Begriff „Geschäftsführung" in der Rechtsprechung anerkannt sind, soll eine Entscheidung des Strafsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe zeigen[4]):

„Hat der Angeklagte die Mitteilung über das unsittliche Verhalten der Töchter des Privatklägers vermöge ihrer engen bekanntschaftlichen

1) Zur ganzen Frage insbesondere Geider und Voltz; für Geschäftsführung ohne Auftrag: Zitelmann, Ahrens, Heimberger a. a. O. schließlich Hippel, Bedeutung S. 9 f., der auch die Fälle von § 679 zu den Geschäftsführungsfällen rechnet.

2) Die im öffentlichen Interesse zu erfüllende Pflicht des Erziehungsberechtigten, die Erziehung zur gesellschaftlichen Tüchtigkeit auszuüben, ergibt sich aus den §§ 1627, 1628 BGB. in Verbindung mit Art. 120 der Reichsverfassung. Vgl. Dohna, Recht und Irrtum S. 14 zu 5.

3) Vgl. Heimberger VDA IV, 25 f; Zitelmann S. 106 ff; 110, 111; Ahrens S. 7 f; Honig S. 167 f; Dohna G. S. 65, 311 ff; Frank a. a. O; v. Hippel Bedeutung S. 10 und Anm. 91. Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Hausfriedensbruchs, Sachbeschädigung, Verletzung des Briefgeheimnisses, des Jagdrechts, Diebstahls, Unterschlagung, Körperverletzung, Beleidigung u. a. m.

4) Entscheidung v. 13. 10. 1927 (OZ 122/27), abgedruckt im Recht 1927 S. 775 Nr. 2567.

Beziehungen zu dem Privatkläger und seiner Familie dem Zeugen B nur zum Zwecke der Weitergabe an den Privatkläger gemacht, um diesen in den Stand zu setzen, gegenüber jenem Gerede zum Schutz der Ehre seiner Töchter das Erforderliche vorzukehren, so fehlt das auch für den § 186 StGB. erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und diese Rechtswidrigkeit selbst."

Wenn auch die Schlußfolgerung der Entscheidung nicht gerade durch ihre Klarheit besticht, so zeigt dieses Urteil doch alle Elemente des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung. Aeußere Umstände liegen vor (Wissen des Handelnden von einem verleumderischen Gerede zum Nachteil der Familie des Privatklägers), die den Täter zu einem Handeln im Interesse des Verletzten veranlaßten, dazu das subjektive Rechtfertigungselement des „Geschäftsführungswillens" (der Angeklagte hat dem Zeugen B die Mitteilungen lediglich zum Zweck der Weitergabe an den Privatkläger gemacht), und überdies auch, daß dieses Handeln rechtmäßig ist, obwohl der Privatkläger mit einer solchen Wahrnehmung seiner Belange durchaus nicht einverstanden war und die gute Absicht des Angeklagten gründlich mißverstanden zu haben scheint. Es genügt also auch hier, die gesetzliche Vermutung, daß ein Handeln im Interesse des Verletzten die Tat des Gestors zu rechtfertigen vermag, selbst dann, wenn — ausnahmsweise — der Interessenträger tatsächlich nicht den die Interessenpreisgabe bewirkenden Willen hat. Das ist der Sinn des Begriffs „mutmaßlicher Wille". Der mutmaßliche Wille steht dem wirklichen Willen gleich, ja er kann sogar kraft der im Bereich der Geschäftsführung ihm beigelegten gesetzlichen Vermutung den wirklichen Willen für die Frage der Rechtswidrigkeit jeder Bedeutung berauben, wenn nur — und hier sehen wir die Wirkung des subjektiven Rechtfertigungselementes — der Handelnde im Augenblick seiner Tat diesen Widerspruch nicht zu erkennen vermochte und im wohlverstandenem Interesse des Verletzten zu handeln meint.

Wir übernehmen daher in dieser Gestalt die aus einer Vorschrift des bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze des Unrechtsausschlusses und können für die Fälle, in denen der Täter mit guten Gründen die Belange des Verletzten durch sein Handeln zu wahren annehmen konnte, allgemein sagen:

Die objektive Rechtswidrigkeit eines tatbestandsmäßigen Verhaltens wird in gleichem Umfang wie durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen, auch ohne daß der Verletzte seine Einwilligung ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck gebracht hat, wenn der Täter im Augenblick der Tat aus dem gegebenen äußeren Sachverhalt schließen durfte, daß der Verletzte bei Kenntnis der Sachlage in das Verhalten eingewilligt hätte, und wenn das Verhalten des Täters objektiv und subjektiv dem Interesse des Verletzten zu dienen bestimmt war. Dies hat auch in den Fällen zu gelten, in denen die wirkliche Willensrichtung im Widerspruch zu der vom Täter vermuteten Stand, oder die Tat in ihrem endgültigen Erfolg vom Verletzten als nicht in seinem Interesse liegend mißbilligt wird, wenn nur der Täter dies im Augenblick der Tat trotz sorgfältiger Ueberlegung nicht zu erkennen vermochte. Diese „Schutzwirkung" beruht auf der gesetzlichen Vermutung, die in diesen Fällen der „Geschäftsführung" den vermutbaren Willen des Verletzten dem wirklichen Willen gleichsetzt[1]).

---

[1]) Zustimmend v. Weber S. 51 und Traeger a. a. O. insbesondere S. 166.

Zur Frage, ob in solchen Fällen Vermutung oder Fiktion anzunehmen ist, Enneccerus Lehrbuch I, 1 S. 387, § 144 III 2. u. 3. A. M. außer Ahrens a. a. O. Wendt, Arch. z. Pr. 92, 253 und dortige Literatur.

Für Vermutung ferner auch Zitelmann, Allg. Teil S. 91; v. Thur II S. 424 ff.

B. Die zweite Fallgruppe.

Um die Erörterung der folgenden Fragen zu erleichtern und um zu zeigen, welche Fälle etwa zu dieser Gruppe zu rechnen sind, sei gleich zu Anfang der Untersuchung der nachfolgende Rechtsfall gegeben:

Der Student A hat am 1. Oktober eine Ehrenschuld zu bezahlen. Sein Vater befindet sich zur Zeit des Verfalltermins auf einer längeren Reise. A hofft, die Verzeihung seines Vaters nachträglich zu erlangen und verschafft sich das Geld auf eigene Faust. Er weiß, daß sein Vater die erforderliche Summe in seinem Schreibtisch liegen hat. Er erbricht eine auf dem Tisch liegende Mappe mit Gewalt, entnimmt ihr den Schlüssel, öffnet den Schreibtisch und nimmt die Summe die er braucht, an sich[1]).

In strafrechtlicher Würdigung ist sein Verhalten tatbestandsmäßige Verwirklichung der §§ 242, 243 Ziff. 2, 247, 303 StGB. (schwerer Diebstahl gegen einen Angehörigen, Sachbeschädigung). Kann hier die Rechtswidrigkeitsvermutung durch die Zubilligung des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung widerlegt werden[2])?

Die aus den Geschäftsführungsvorschriften hergeleitete Vermutung kann hier nicht angewendet werden, da das Verhalten des Sohnes nicht — oder wenigstens in überwiegendem Maße nicht — den Interessen des Vaters zu dienen bestimmt und geeignet ist. Denn der Sohn hat eigene Schulden bezahlt, sodaß ein objektives Interesse des Vaters fehlt, der für Schulden eines volljährigen Sohnes überhaupt nicht haftet und die schwebend unwirksamen Verbindlichkeiten eines minderjährigen Sohnes aus auf eigenen Interessen beruhenden Gründen, die dem gegebenen Fall nicht zu entnehmen sind, nicht genehmigen wird.

Die Frage ist daher die, ob man — ähnlich wie in den Geschäftsführungsfällen — aus der Interessenlage auch in solchen Fällen auf Grund eines äußeren Sachverhalts auf einen mutmaßlichen Willen des Verletzten schließen kann, in denen die Handlung nicht den Belangen eines anderen dienen soll, aber aus anderen, im Augenblick der Tat feststehenden Umständen mit Gewißheit zu vermuten ist, daß der Verletzte die Handlungsweise des Täters gebilligt hätte, wenn er von der Sachlage Kenntnis gehabt hätte.

Man verläßt mit dieser neuerlichen Weiterbildung zwar den festen Boden, den die Geschäftsführungsanalogie in der ersten Fallgruppe abgab, aber gleichwohl sind nach der hier vertretenen Ansicht Tatbestände denkbar, die mit gleicher Sicherheit dem Handelnden bei pflichtgemäßer Beurteilung der Sachlage den Schluß auf eine seinem Tun entsprechende Willensrichtung des Verletzten gestatten.

Wir wollen versuchen, den Fall in einem solchen Lichte zu zeigen, daß nach unserer Ansicht die Voraussetzungen erfüllt sind, von denen man die Wirksamkeit einer Annahme des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung abhängig machen muß.

Wir unterstellen: Es handelt sich in unserem Beispiel um den Sohn eines liebevollen und sehr vermögenden Vaters. Seit Monaten befindet sich der Vater auf einer Reise in einer Gegend, wo er trotz

---

1) Weitere ähnliche Beispiele bei v. Weber S. 47 f, Zitelmann S. 127.

2) Wir wollen die immerhin erwägenswerte Prüfung der Frage, ob der Notstandsfall des § 904 BGB. vorliegen könnte, beiseite lassen und unterstellen, daß keine Gefahr abzuwenden und auch ein überwiegendes Interesse des Sohnes über das seines Vaters nicht gegeben ist da die Ehre eines Menschen nicht unbedingt höher zu bewerten ist als das Eigentumsrecht eines anderen Gliedes der Rechtsgemeinschaft. Zum Begriff der Gefahr vgl. RGR-Kom. zu § 904 Ziff. 5; RGZ 57, 191; OLG 12, 121. A. M. Planck III zu § 904, 2a und v. Bar, Gef. u. Schuld II, 220 ff, 247 f; Olshausen § 54, 14.

aller modernen Verkehrsmittel nicht mit der erforderlichen Schnelligkeit erreichbar ist. Die Summe, um die es sich handelt, übersteigt zwar den Betrag, den der Vater seinem Sohn zum Unterhalt für den Rest der Zeit seiner Abwesenheit angewiesen hatte, hält sich aber in Anbetracht der sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie in angemessenen Grenzen. Löst der Sohn sein Ehrenwort nicht pünktlich ein, verliert er seine gesellschaftliche Stellung, an deren Erhaltung auch der Vater ein gewisses Interesse hat.

Man wird in diesem Fall das Tun des Sohnes durch die mutmaßliche Einwilligung rechtfertigen können, weil ihm bei seinem Entschluß, sich die Geldsumme auf dem angegebenen Wege zu verschaffen, unter diesen äußeren Umständen ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsführers wohl nicht zur Last gelegt werden kann. Allerdings soll nicht verkannt werden, daß alle derartigen Fälle hart an der Grenze von Recht und Unrecht liegen, sodaß schon bei geringen Veränderungen der Sachlage ein pflichtgemäß handelnder Täter nicht mehr mit dem erforderlichen Maß von Wahrscheinlichkeit eine Einwilligung des Verletzten mutmaßen dürfen wird. Aber stichhaltige Gründe, aus denen das dem gegebenen Fall gefundenen Ergebnis als dem geltenden Recht zuwiderlaufend erscheinen soll, sind wohl nicht vorhanden.

Ein übergeordneter Gesichtspunkt zur Beurteilung dieser Fälle läßt sich nicht gewinnen, weil man nicht allgemein sagen kann, daß die Fälle dieser Art dem die Rechtsordnung beherrschenden Prinzip der „maximalen Interessenbefriedigung"[1]) entsprechen. Der Interessenbefriedigung des Verletzten dienen sie nicht, sie rechtfertigen sich aber auch nicht durch ein überwiegendes Interesse, das dem Täter gestatten könnte, sich über die Belange des Verletzten hinwegzusetzten.

Auch andere übergesetzliche Maßstäbe vermögen keinen Anhalt zu geben. Ist ein derartiges Verhalten noch rechtes Mittel zu rechtem Zweck? Ist ein derartiger Erfolg vom Standpunkt der Gesellschaft aus gesehen nützlich oder schädlich? Und sollen Staat und Gesellschaft über ihn froh sein? Welchen realen Zweck verfolgt eine solche Handlung — ist sie in allen Fällen geeignet zur Maximierung der Interessenbefriedigung? Das läßt sich alles nur von Fall zu Fall entscheiden. Vielleicht ist es oft sogar so, daß ein objektiv hochwertiges Interesse lediglich wegen persönlicher Beziehungen des Täters zum Verletzten einem geringerwertigen gern geopfert wird. Soll z. B. der Freund, dem der Verletzte sehr zu Dank verpflichtet ist, in irgendeinem Fall die Einwilligung seines Freundes nicht vermuten dürfen, wenn der Verletzte um seine Einwilligung befragt, ohne jedes Bedenken seinem Freunde aus der augenblicklichen Verlegenheit gern geholfen hätte? Soll das Recht als abstrakte, objektive Lebensordnung nicht die Möglichkeit bieten, derartige Fälle tatbestandsmäßigen Verhaltens gerechtfertigt erscheinen zu lassen? Das ist die grundsätzliche Frage, von der nicht einzusehen ist, warum man sie — etwa mit Rücksicht auf die allgemeine Rechtssicherheit — prinzipiell verneinen sollte.

Das Problem ist an dieser Stelle keine Prinzipienfrage mehr, sondern eine Frage des gesunden Rechtsempfindens, des juristischen Takts und des juristischen Feingefühls. Und ohne uns den Satz, daß die Praxis führen müsse, nicht die Theorie[2]), zu eigen machen zu wollen, möchten wir doch von unserem geltenden Recht nicht annehmen, daß auch heute noch das Wort des Cujacius berechtigt sei „Dura lex sed ita lex est scripta"[3]). Man darf nicht vergessen, daß die Vorschriften des Gesetzes, so sehr sie zu achten sind und so sehr sie in allen Zweifelsfragen grundsätzlich den Ausschlag zu geben haben, zwar abstrakt sind, aber doch nicht so sehr von allem konkreten Geschehen abstrahieren können, daß sie den unendlich

---

[1]) Mezger S. 260.

[2]) Fuchs S. 53.

[3]) Zitiert bei Fuchs S. 100.

vielgestaltigen Erscheinungen des Lebens stets gerecht werden könnten. Das gilt weniger für das vom Parteiwillen in weitem Umfang abhängige Privatrecht als für das notwendigerweise formenstrenge und typenstarre Strafgesetz.

Man wird daher nur von Fall zu Fall feststellen können, ob den Erfordernissen des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung genügt ist[1]). Das wird anzunehmen sein, wenn — wie oben bereits dargelegt — dem Handelnden nicht eine Verletzung seiner Pflicht zur sorgfältigen Abwägung der aus den Tatumständen sich normalerweise ergebenden Interessen vorgeworfen werden kann. Denn mit dem Recht, mit dem man aus einer Sachlage, die ein Handeln im Interesse des Verletzten geboten erscheinen läßt, auf eine ein solches Tun gutheißende Willensrichtung des Verletzten schließen kann, wird man auch mit demselben Recht dieses Wahrscheinlichkeitsurteil auf Grund von Umständen fällen können, die zwar anderer Art sind, aber mit gleicher Wahrscheinlichkeit wie dort gewährleisten, daß sich die wirkliche Willensrichtung des Verletzten mit der vom Täter vermuteten deckt.

C. Die dritte Fallgruppe.

„Schwierig ist die Frage, ob die sogenannte mutmaßliche Einwilligung auch gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Interessenträgers Platz greifen kann. Auf den ersten Anblick scheint es, als müßte diese Frage unbedingt verneint werden. Näheres Zusehen lehrt jedoch das Gegenteil. Der Widerspruch des Betroffenen kann auf einer irrtümlichen, unrichtigen Auffassung der gegebenen Sachlage beruhen und es kann hierbei ohne weiteres klar sein, daß bei richtiger Erkenntnis derselben die Einwilligung erteilt worden wäre. (Situation der sogenannten mutmaßlichen Einwilligung.) Auch hier ist die Tat gerechtfertigt"[2]).

Das ist die einzige Stelle im ganzen Schrifttum, die für den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung behauptet, daß der Handelnde auch dann die Einwilligung des Verletzten vermuten dürfe, wenn dieser seine Zustimmung ausdrücklich versagt hat[3]).

Mezgers zu diesem Ergebnis führender Gedankengang ist etwa folgender:

Verkennt der „Verletzte die Sachlage, die den kraft mutmaßlicher Einwilligung Handelnden zu seinem Tun veranlaßt, so ist sein zum Ausdruck gebrachter Wille nicht sein" wirklicher Wille, weil er fehlerhaft gebildet ist. Vielmehr läßt die eigene Interessenrichtung des Betroffenen in Wirklichkeit ein Widerstreben gegen die Tat ermangeln, und der Handelnde, der die Interessenlage des Verletzten zutreffend würdigt, darf sich über den auf einem Irrtum beruhenden, seiner Handlung entgegenstehenden Willen des Betroffenen hinwegsetzen ohne rechtswidrig zu handeln, weil er letzten Endes doch im wohlverstandenen individuellen Interesse vorgeht und sein Tun auch so dem obersten Ziel der Rechtsordnung, der Interessenbefriedigung dient.

Diesem logisch durchaus folgerichtigen Gedankengang stehen indessen nach der hier vertretenen Ansicht vom Wesen der mutmaßlichen Einwilligung formale und sachliche Bedenken entgegen.

Geht man, wie wir es stets getan haben, davon aus, daß die mutmaßliche Einwilligung nur ein Ersatz der wirklichen Einwilligung ist,[4]) so kann sie nur da Platz greifen, wo der Wille des Verletzten einen erkennbaren Ausdruck nicht gefunden hat. Bei den Tatbeständen der hier gedachten Art entfällt diese Voraussetzung.

In der Sache selbst erscheint hier die sog. wertende Methode der Lückenausfüllung, die Mezger grundsätzlich befolgt, zu einseitig durchgeführt. Es geht nicht an, einen einzelnen Grundgedanken der Rechtsordnung,

---

[1]) Zustimmend v. Weber S. 47, 51, 52 ff.
[2]) Mezger S. 291.
[3]) Vgl. dazu v. Weber S. 52.
[4]) So z. B. auch Mezger S. 290.

mag er auch noch so überragende Bedeutung haben, unter Vernachlässigung anderer ihrer vielgestaltigen Zwecke selbst über die Grenzen des Machtgebiets der Rechtsordnung hinaus durchführen zu wollen. Wenn man es auch unbedenklich als das oberste Ziel des Rechts bezeichnen kann, daß die Rechtsordnung das kompossible Maximum der Interessenbefriedigung anzustreben habe, so müssen ihre Normen doch da eine Grenze finden, wo die staatsfreie Sphäre, das Gebiet der Privatautonomie beginnt. Solange sich die Willensbetätigung des Rechtssubjekts in den Schranken dieses Gebiets hält, hat kein anderer das Recht, sich ungerufen in die Angelegenheiten dieses fremden Rechtskreises zu mischen.

Man kann nicht — wenigstens nicht mit dem Anspruch auf allgemeine Gültigkeit — sagen, daß sich ein beliebiger Dritter zur Mehrung des individuellen Wohls eines anderen berufen fühlen darf, selbst wenn bei objektiver Beurteilung tatsächlich die Belange des Betroffenen durch das vom Täter beabsichtigte Tun besser gewahrt worden wären, als es der Verletzte im Augenblick der Tat selbst hätte tun können.

Irrt der Verletzte sich in der Beurteilung der Sachlage und verweigert deshalb seine Einwilligung in die von dem hilfsbereiten Täter beabsichtigte Handlung, so muß sich dieser damit zufrieden geben und darf nicht doch eingreifen, wenn es ihm nicht gelingt, den Irrenden zu überzeugen. Man kann es niemanden verwehren, in sein eigenes Verderben zu laufen, wenn er es unbedingt will; innerhalb des eigenen Machtgebiets muß das Recht seinen Untertanen freie Verfügungsbefugnis gewährleisten. Nicht einmal die Polizei kann Wohlfahrtspolizei sein, wieviel weniger jedes beliebige Glied der Rechtsgemeinschaft[1]).

Deshalb kann die mutmaßliche Einwilligung nicht dazu dienen, einen erklärten Willen in einem Sinn zu verbessern, von dem ein vermeintlich objektiv Urteilender annimmt, daß er nach Behebung des Irrtums des Betroffenen dessen wirklichen Willen entspreche. In Fällen dieser Art ist die Freiheit des persönlichen Willensentschlusses — auch ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut — auch vom Standpunkt des Verletzten aus höher zu bewerten als das allgemeine Ziel der Interessenbefriedigung.

Die Vorschriften der §§ 677 ff BGB. stellen ausdrücklich auf den mutmaßlichen oder wirklichen Willen des Verletzten ab, nur der § 679 berechtigt den Täter, die Willensrichtung des Geschäftsherrn im Hinblick auf die überwiegenden öffentlichen Interessen unberücksichtigt zu lassen und auch nötigenfalls gegen den erklärten Willen des Dominus Pflichten, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, zu übernehmen.

Mit Recht sieht Mezger in dieser Vorschrift einen selbständigen, für die gesamte Rechtsordnung maßgebenden Rechtfertigungsgrund, nicht nur eine Anwendung des übergeordneten Prinzips[2]). Und das ist auch die einhellige Meinung der Wissenschaft. Damit steht aber auch fest, daß alle Fälle des § 679 nicht in den Bereich der mutmaßlichen Einwilligung gehören, da diese durchaus ein Rechtfertigungsgrund des entgegengesetzten Prinzips ist.

v. Weber gibt zu dieser Fallgruppe folgendes Beispiel[3]):

Wenn jemand, um ein ins Wasser gefallenes Kind zu retten, über ein bestelltes Feld läuft und den Bauer, der ihm in Unkenntnis der Lage entgegentritt, kurzentschlossen zur Seite stößt, kann er sicher sein, daß der Bauer die Beschädigung seines Ackers und auch den Stoß hinnehmen wird, wenn er erst den Zweck des Tuns erkannt hat.

Die Lösung dieses Falles unter dem Gesichtspunkt des vorausgesetzten Einverständnisses, die v. Weber gibt, ist gekünstelt und darum unnötig. Der Tatbestand des § 303 StGB. ist rechtmäßig erfüllt, da dem Handelnden der gesetzlich normierte Rechtfertigungsgrund des § 228 BGB. zur Seite steht. Dem Wortlaut nach deckt diese Vorschrift nicht

---

[1]) Zustimmend Traeger S. 256.

[2]) S. 294 ff.

[3]) S. 52.

auch den im Beispiel real konkurrierenden Tatbestand der Körperverletzung (§223 StGB.), der ganze Fall aber steht so sehr unter dem Zeichen des Mißverhältnisses der beiden widerstreitenden Rechtsgüter, daß man an eine Rechtfertigung nach dem Prinzip des mangelnden Interesses nicht denken kann. Sinngemäß wäre eine Lösung nach den Vorschriften der §§ 904, 229 BGB.[1]) Der Eigentümer ist nicht berechtigt, in derartigen Fällen eine Einwirkung auf sein Eigentum zu verhindern; tut er es doch, wird man dem Handelnden ein Selbsthilferecht gemäß § 229 BGB. zugestehen müssen des Inhalts, daß der nicht widerrechtlich handelt, der den Widerstand des zur Duldung Verpflichteten beseitigt, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs (um wieviel mehr also eine Gefahr für das Leben!) vereitelt wird.

Notrechte sind immer Rechtfertigungsgründe nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses, Fälle solcher Art können daher nicht aus dem entgegengesetzten Prinzip gelöst werden[2]).

Einen ähnlich gelagerten Fall rechtmäßigen Handelns gegen den erklärten Willen des Verletzten bringt Löffler[3]):

A geht an einem Hause vorüber, in dem es brennt. Gegen den Willen des Eigentümers, der ein Narr ist oder irgend eine Absicht verfolgt, z. B. das alte Haus gegen die Versicherungssumme loswerden will, schlägt er ein Fenster ein und löscht das Feuer. Hat er eine Sachbeschädigung begangen?

Löffler meint mit Recht, hier könne von Notstand keine Rede sein, und gibt die Lösung, daß eine Handlung, die die gleichen Zwecke verfolge wie die Norm, mit dieser wohl den Worten, nicht aber dem Sinne nach in Widerspruch treten könne. Diese mehr formale Lösung könnte durch die Erwägung unterstützt werden, daß die gesamte Behandlung, die das StGB. der Brandstiftung und dem Feuerlöschwesen angedeihen läßt[4]), den Gedanken nahelegt, auch hier dem Täter ein Selbsthilferecht der oben dargelegten Art zu geben, da die Verhinderung eines gemeingefährlichen Unterlassungsdelikts oder doch mindestens die Verhütung einer der Allgemeinheit drohenden Gefahr im allgemeinen Interesse liegt.

Abschließend sei nach alledem nochmals festgestellt, daß in solchen Fällen sorgfältig unterschieden werden muß zwischen den Anwendungsmöglichkeiten der beiden Rechtfertigungsprinzipien. Meistens wird sich dann ergeben, daß derartige Fälle nicht dem Grundsatz des mangelnden Interesses unterfallen. Liegt aber kein Fall eines irgendwie gearteten Notrechts vor, haben wir die Grenzen beider Rechtfertigungsprinzipien erreicht. Es gibt dann keine Mögligkeit, gegen den ausdrücklichen Willen des Berechtigten im Sinne des „objektiven, wahren" Wohls im wohlverstandenen Interesse des Verletzten tätig zu werden.

---

[1]) Vgl. Heinitz S. 30 ff.
[2]) A. M. Oetker VDA II, 333 ff.
[3]) VDB V, 247.
[4]) 27. Abschnit: Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen, ferner § 368, Ziff. 5, 6, 8.

V.

Schluß.

Als Ergebnis der vorliegenden Arbeit über die Begründung des Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung sei nunmehr abschließend festgestellt:

Eine Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens aus dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung ist möglich und angemessen. Grundsätzlich ist die rechtfertigende Wirkung von der Voraussetzung abhängig, daß der Täter auf Grund eines äußeren Sachverhalts mit hoher Wayrscheinlichkeit darauf schließen kann, daß sein Verhalten im Sinne des „Verletzten" liegt.

In allen Fällen ist der Grad der Wahrscheinlichkeit dieses Urteils über das latente Interesse des Betroffenen an dem verletzten Rechtsgut ausschlaggebend — seine Ermittlung ist jedoch stets individuell verschieden. Für die Gruppe der Fälle des „Handelns im Interesse des Verletzten", der zivilrechtlichen Tatbestände der Geschäftsführung ohne Auftrag, ist das Verhalten des Täters rechtmäßig, wenn er die Interessenlage sorgfältig beurteilt und diesem Urteil gemäß im mutmaßlichen Willen des Verletzten gehandelt hat. Denn in all diesen Fällen setzt das Zivilrecht den so gefundenen mutmaßlichen Willen des Betroffenen dem wirklichen Willen gleich und läßt den wirklichen Willen sogar zu Gunsten des vermuteten unberücksichtigt, wenn er wider Erwarten sich nicht mit dem vom Täter vermutetem deckt. Dieser materielle Gehalt einer Gruppe bürgerlich-rechtlicher Vorschriften gilt auch im Strafrecht.

Andererseits ist ein Handeln kraft mutmaßlicher Einwilligung unzuläßig, wenn der Interessenträger einem wenn auch „objektiv" unrichtig gebildeten Willen Ausdruck verliehen hat.

Zweifelhaft bleiben die Fälle, in denen die Einwilligung aus anderen Umständen vermutet werden kann, als aus dem Handeln im vernünftigerweise vorauszusetzenden Interesse des Betroffenen selbst. Im einzelnen Fall muß hier über die Frage der Rechtmäßigkeit entscheiden, ob der Täter bei sorgfältiger Beurteilung der Interessenlage mit Wahrscheinlichkeit einen seinem Tun entsprechenden Willen beim Verletzten voraussetzen konnte. Hat er dies getan, so ist auch dann sein Tun für rechtmäßig zu halten.

Lebenslauf.

Am 19. September 1904 wurde ich als Sohn des damaligen Regierungsassessors Carl von Morenhoffen und seiner Ehefrau Marie geb. Willett in Altenkirchen (Westerwald) geboren.

Meine Schulbildung erhielt ich auf der Seminarübungsschule in Wetzlar (Lahn), und auf den humanistischen Gymnasien in Wetzlar, Insterburg und Fulda, wo ich Ostern 1923 die Reifeprüfung bestand.

Vom Sommersemester 1923 an studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. Br., München und Marburg. Am 26. Januar 1927 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und wurde alsbald zum Gerichtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts in Kassel ernannt. Seitdem befinde ich mich dort im Vorbereitungsdienst.